Theorie und Casuistik

des

gemeinen Civilrechts.

Ein

Handbuch für Praktiker

verfaßt von

Rudolph Freiherrn von Holzschuher,

Doctor der Rechte und vormals Reichsstadt Nürnbergischem Rathsconsulenten,
Ritter des Königlich Bayerischen Verdienstordens vom heiligen Michael.

Zweiter Band.

(Besitz- und Sachenrecht. Erbrecht.)

Dritte neu vermehrte und verbesserte Auflage,

nach dem Tode des Verfassers besorgt

von

Dr. Johannes Emil Kuntze,

a. o. Professor der Rechte in Leipzig.

Leipzig,

Baumgärtner's Buchhandlung.

1864.

Dr. Rudolph Freiherr von Holzschuher.

Theorie und Casuistik

des

gemeinen Civilrechts.



Vorwort

des Herausgebers der dritten Auflage.

Dem zum ersten Bande gegebenen Vorwort habe ich hier Einiges hinzuzufügen.

Es finden sich im zweiten Bande zwei längere von mir herrührende Einschaltungen: die eine über Inhaberpapiere (§. 102.), die andere über das Urheberrecht oder literarisch-artistische Eigenthum (§. 103.); dieselben schienen mir durch das beträchtlich erhöhte Interesse geboten, welches beiden modernen Rechtsinstituten, insbesondere seit dem letzten Jahrzehend, gewidmet wird. Wenn ich mit Behandlung der Lehre von den Inhaberpapieren, eines wesentlich handelsrechtlichen Institutes, meinem im Vorwort zum ersten Bande angekündigten Grundsatze, das Handelsrecht als solches auszuscheiden, untreu geworden bin, so denke ich dadurch gerechtfertigt zu seyn, daß jenes Institut in unsrem allgemeinen Handelsgesetzbuche keine eingehende, sondern eine fast nur beiläufige Berücksichtigung gefunden hat, und darum zu erwarten steht, daß es in den zu dem Gesetzbuche erscheinenden Commentaren keine ausführliche Behandlung erfahren, m. a. W. von den gewöhnlichen Darstellungen des deutschen Handelsrechts ausgeschieden bleiben wird. Uebrigens habe ich mich aller dogmatischen Erörterungen über theoretische

Prinzipien dabei enthalten. — Die Lehre vom Urheberrecht fand sich in der zweiten Auflage mit einigen wenigen Bemerkungen berührt; der mir hierdurch gewährten Veranlassung, eine ausführlichere dem heutigen Standpunkte der Theorie und Praxis vollständiger entsprechende Darstellung auszuarbeiten, meinte ich um so weniger ausweichen zu dürfen, da ich seit Jahren Mitglied des zu Leipzig bestehenden literarischen Sachverständigen-Vereins (für das Königreich Sachsen) bin, und in dieser Stellung oft Gelegenheit zur Beobachtung der auf diesem Felde sich geltend machenden praktischen Bedürfnisse habe.

In Betreff sonstiger Zusätze von meiner Hand hebe ich nur Folgendes hervor. Das moderne Ingrossationssystem für Grund- und Hypothekenbücher ist vom Verfasser auch noch in der zweiten Auflage kaum einmal andeutungsweise berührt worden, in Gemäßheit der bisher üblichen Auffassung dieses Systems als eines nur territorialen oder provinziellen Rechtes. Unverkennbar aber nahet die Zeit, wo dasselbe im deutschen Rechtsbewußtseyn allgemein sich festgesetzt haben und in allen deutschen Ländern zur vollen Anerkennung gelangt seyn wird. Mit Hinblick hierauf ist es mir daher angemessen erschienen, wenigstens einige allgemeine Ausführungen über die moderne Immobiliarordnung und über die innere juristische und national-ökonomische Um- und Fortbildung, welche darin das Institut der Güterverpfändung erfährt, in das Handbuch aufzunehmen (s. §. 106. zu Fr. 1. und sub e.). — Kurze Andeutungen eines von dem üblichen abweichenden Standpunktes habe ich mir zu machen erlaubt bei der Frage, ob die Assekuranzsumme von der Hypothek ergriffen werde (s. §. 126. a. E.), sowie in Betreff des Städelschen Beerbungsfalles (s. §. 133. zu Fr. 4. sub d.).

Zu den auf S. VIII. meines Vorwortes zum ersten Bande namhaft gemachten Schriftstellern trage ich hier noch Arndts und von Keller nach, deren Berücksichtigung den Praktikern nicht

unwillkommen seyn wird. Daß der zweite Band von Dernburg's Pfandrecht erst nach dem Druck des pfandrechtlichen Abschnitts erschien und daher nicht mehr berücksichtigt werden konnte, bedauere ich lebhaft.

Von anderer Seite darauf aufmerksam gemacht, daß in §. 92. S. 121. (der 3. Aufl.) die Ansichten der Juristen Varus und Labeo unrichtig wiedergegeben seyen, bemerke ich, daß statt der ziemlich am Ende dieser Seite befindlichen Worte „Varus gibt der Klage nicht statt, wenn das opus manufactum nicht seit unfürdenklicher Zeit bestanden hat; Labeo verwirft die Klage auch in diesem Fall, Paulus hält aber beide Meinungen für irrig, denn" Folgendes zu setzen ist: Varus gibt der Klage Statt, wenn das opus manufactum nicht seit unfürdenklicher Zeit bestanden hat; Labeo noch weiter gehend erklärt die Klage auch für den Fall der Unfürdenklichkeit als zulässig; Paulus aber entscheidet dahin, daß in beiden Fällen," — Hierzu ist zu vergleichen Hesse Ueb. die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn Bd. I. (1859) S. 252.

Außerdem bitte ich mit dem Bemerken, daß ich die Sorge für Richtigkeit des aus der 2. Aufl. unverändert herübergenommenen Textes der Verlagsbuchhandlung überlassen habe, um Beachtung folgender Emendanda und Addenda: Band I.: S. 39. Z. 16. v. u. ist statt §. 6. zu lesen: §. 12.; — S. 276. Z. 5. v. u. ist nach dem Worte „Hauptpunkten" in Parenthese hinzuzufügen: vergl. Bd. II. §. 181. Fr. 5 u. 6. — S. 334. Z. 3. v. u. ist statt des veralteten Citats von Puchta's Lehrbuch zu setzen: Puchta Pand. §. 150. — S. 667. ist als letzte Frage hinzuzufügen: 41) [Ist eine Conventionalstrafe einklagbar, zu welcher ein Ehegatte sich für den Fall verpflichtet, daß er durch sein Verschulden eine gesetzliche Scheidung herbeiführt?] — Band II.: S. 187. Z. 21. v. o. ist die Parenthese mit den Punkten völlig zu streichen. — S. 189. Z. 9. v. u. ist das vor „Pfandscheine" stehende Parenthesenzeichen zu streichen. — S. 210. Z. 7. v. u. ist Heydemann

zu lesen. — S. 424. Z. 18. v. o. ist zu lesen: Cujacius. — S. 438. Z. 1. v. o. ist zu lesen: naturalis. — S. 613. Z. 10. v. u. ist statt „besitzende“ zu lesen: erwerbende. — S. 620. Z. 5. v. o. ist das nach „da“ stehende Komma zu streichen. — S. 724. Z. 13. v. u. ist zu lesen: testatoris.

Leipzig, im Januar 1864.

Dr. J. E. Kuntze.

Allgemeine Uebersicht des zweiten Bandes.

III. Theil.

Besitz- und Sachenrecht.

IV. Theil.

Erbrecht.

III. Theil.

Besitz- und Sachenrecht.

Kapitel I.

Die Lehre vom Besitz*)

Dig. XLI. 2. de acquirenda vel amittenda possessione.
Cod. VII. 32. de acquirenda et retinenda possessione.

§. 83.

1. Grundbegriffe, insbesondere von den Subjecten des Besitzes.

1) Was gehört wesentlich zum Begriff vom juristischen Besitz, und wie pflegt man zwischen possessio civilis und naturalis zu unterscheiden?

---

*) Die hier gewählte Stellung der Lehre vom Besitz mag sich durch die unserem rein praktischen Standpunkt zunächst vorschwebende Betrachtung des zwischen dem Besitz- und dem Sachenrecht bestehenden unverkennbaren Zusammenhangs rechtfertigen. Der Besitz ist ja das Vermittelnde zwischen Subject und Object, und stellt die Verbindung zwischen der Person und der Sache äußerlich dar; denn während das dingliche Recht schon durch die rechtliche Möglichkeit, Sachen entweder in allen oder doch in gewissen Beziehungen unserer Willkür zu unterwerfen, besteht, muß durch den Besitz erst die physische Möglichkeit hinzukommen. Eben des Zusammenhanges wegen glaubt der Verf. auch den Besitzrechtsmitteln oder den possessorischen Interdicten hier ihren Platz anweisen zu dürfen, ohne Rücksicht darauf, ob deren eigentlicher Grund in einer obligatio ex delicto wenigstens theilweise gesucht werden mag, und daß sie hier von den übrigen im Obligationenrecht vorkommenden Interdicten getrennt stehen. Ohnedies fallen ja d. h. z. T. die interdicta publica in das Polizeigebiet; s. W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen §. 167. und daß den interd. retinendae poss. keine obligatio ex maleficio, wie v. Savigny Recht des Besitzes §. 6. u. 12. annimmt, zum Grund liege, vielmehr ihr Wesen und der Grund ihrer Einführung darin besteht, daß dadurch die den Eigenthumsproceß vorbereitende Frage entschieden werden soll, welcher von zwei Partelen, die gleicherweise den Besitz für sich in Anspruch nehmen, die Rolle des possessor oder des petitor zuzuweisen sey, — ist nun gewiß zur Evidenz erhoben von v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 336.

2) Was versteht man unter justa oder injusta possessio?
3) In welchen Fällen wird man als Besitzer in jure betrachtet, wenn man es gleich nicht wirklich ist, und was sind die Folgen?
4) Wie wird der Besitz überhaupt constituirt? Wenn nur animo et corpore besessen werden kann, so entsteht die Frage: inwiefern doch solchen Personen ein Besitz zugeschrieben werden könne, welche entweder der Willensfähigkeit ermangeln, wie Kinder, Rasende und dergl., oder solchen, welchen als blos fingirten Personen oder moralischen Personen ein körperliches Inhaben nicht möglich ist?
5) Wie ist der gesetzliche Grundsatz zu verstehen: plures eandem rem in solidum possidere non possunt?

Zu 1) Der Besitz, ein Erbstück aus dem verdrängten Naturzustande, ursprünglich blos factisches Herrschaftsverhältniß, wurde unter der Herrschaft positiver Gesetzgebung nothwendig zu einem civilrechtlichen Institut und daher mit eigenen Rechtsmitteln ausgerüstet. Indessen herrscht in der Theorie eine große Verschiedenheit der Meinungen, und so insonderheit darüber, ob zum juristischen Begriff des Besitzes wesentlich der animus domini gehöre, wie v. Savigny im Recht des Besitzes §. 7., Schilling Lehrb. für Institt. Bd. II. §. 133., v. Vangerow in den Pandecten Th. I. §. 199. u. 200. und wohl die meisten Rechtsgelehrten statuiren,*) oder nur überhaupt irgend eine Absicht, die Sache dem eigenen Willen zu unterwerfen, anzunehmen sey; cf. l. 1. §. 3. D. 41. 2. — l. 18. D. eod., Thibaut System §. 202. (ed. 8.), v. Buchholz Versuche no. 8., Guyet im civilist. Archiv Bd. IV. S. 361., so auch das preußische Landrecht Th. I. tit. 7. §. 3. etc. Vergl. dazu Lenz, d. Recht des Besitzes (1860), S. 100., Brinz Lehrb. d. Pand. §. 27.

Ebenso abweichend sind die Ansichten darüber, was für einen Begriff die Römer mit poss. civilis und naturalis verbunden haben? Vergl. außer den oben angeführten Schriftstellern Burchardi im Archiv für civil. Praxis Bd. XX. no. II., Warnkönig daselbst no. VII., Fritz zu Wening-Ingenheim's Lehrb. d. gem. Civilr. S. 252.,

---

*) Diesem Princip folgt auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch Th. II. §. 309. Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

Thibaut im civil. Archiv Bd. XVIII. S. 317. und Bd. XXIII. S. 167., v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 233., Bartels daselbst Bd. VI. S. 177., Sintenis ebend. Bd. VII. S. 223. u. 414., G. Thon über civilis und naturalis possessio im Rhein. Museum Bd. IV. S. 95., Schroeter Obs. jur. civ. no. IV. Cap. 2. de possess. in eos, qui alieno nomine possident, translatione. Gans über die Grundbegriffe des Besitzes Berlin 1839., v. Thaden über den Begriff der römischen Interdicte rc. 1833., Th. A. L. Schmidt über das possessorische Klagrecht des jurist. Besitzers gegen seinen Repräsentanten, Gießen 1838., v. Tigerström die b. f. possessio oder das Recht des Besitzes, Berlin 1836., Roßhirt im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 1., Vollgraf über die eigentliche Bedeutung der Gewähr, über Besitz, Eigenthum rc., ebend. Bd. IX. im Anhang; v. Keller, Pandekten (1861), §. 116. u. Brinz Lehrb. d. Pand. §. 29.

Die Hauptansichten sind folgende:

I. Nach v. Savigny's Theorie ist lediglich die possessio ad usucapionem als possessio civilis anzusehen. Da es aber noch einen Besitz gibt, welcher doch auch rechtlichen Schutz — nämlich durch die Interdicte — genießt, so heiße dieser possessio schlechthin. Wenn es endlich auch noch einen Besitz geben kann, für den sich in den Gesetzen keine rechtliche Wirksamkeit findet, nämlich das natürliche Verhältniß im Gegensatz des juristischen (possessio naturalis), so liege diese außer der juristischen Sphäre. Daß nach dieser Theorie — wenn man nämlich unter Civilbesitz blos den Usucapionsbesitz versteht — der animus domini von dem Begriff des Civilbesitzes unzertrennlich sey, leuchtet von selbst ein.

II. v. Vangerow a. a. O. beschränkt den Begriff von Civilbesitz nicht auf die possessio ad usucapionem, behauptet aber auch animum domini als juristische Grundlage des Besitzes. Er statuirt daher poss. civilis, wenn Jemand die Detention verbunden mit dem animus domini hat, wogegen ihm possessor naturalis derjenige ist, welcher zwar detinirt, aber jenen animus nicht hat, oder nicht haben darf; z. B. weil die besessene Sache extra commercium oder der Besitzer selbst des Eigenthums unfähig ist, oder der Besitz aus einem civilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäft abgeleitet wird. In diesen letzten Fällen könne nämlich zwar factisch der animus domini vorhanden seyn, aber in den Augen des Gesetzes sey er nicht vorhanden, demnach nur eine

Kapitel I.

Die Lehre vom Besitz*)

Dig. XLI. 2. de acquirenda vel amittenda possessione.
Cod. VII. 32. de acquirenda et retinenda possessione.

§. 83.

1. Grundbegriffe, insbesondere von den Subjecten des Besitzes.

1) **Was gehört wesentlich zum Begriff vom juristischen Besitz, und wie pflegt man zwischen possessio civilis und naturalis zu unterscheiden?**

---

*) Die hier gewählte Stellung der Lehre vom Besitz mag sich durch die unserem rein praktischen Standpunkt zunächst vorschwebende Betrachtung des zwischen dem Besitz- und dem Sachenrecht bestehenden unverkennbaren Zusammenhangs rechtfertigen. Der Besitz ist ja das Vermittelnde zwischen Subject und Object, und stellt die Verbindung zwischen der Person und der Sache äußerlich dar; denn während das dingliche Recht schon durch die rechtliche Möglichkeit, Sachen entweder in allen oder doch in gewissen Beziehungen unserer Willkür zu unterwerfen, besteht, muß durch den Besitz erst die physische Möglichkeit hinzukommen. Eben des Zusammenhanges wegen glaubt der Verf. auch den Besitzrechtsmitteln oder den possessorischen Interdicten hier ihren Platz anweisen zu dürfen, ohne Rücksicht darauf, ob deren eigentlicher Grund in einer obligatio ex delicto wenigstens theilweise gesucht werden mag, und daß sie hier von den übrigen im Obligationenrecht vorkommenden Interdicten getrennt stehen. Ohnedies fallen ja h. z. T. die interdicta publica in das Polizeigebiet; s. W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen §. 167. und daß den interd. retinendae poss. keine obligatio ex maleficio, wie v. Savigny Recht des Besitzes §. 6. n. 12. annimmt, zum Grund liege, vielmehr ihr Wesen und der Grund ihrer Einführung darin besteht, daß dadurch die den Eigenthumsproceß vorbereitende Frage entschieden werden soll, welcher von zwei Partien, die gleicherweise den Besitz für sich in Anspruch nehmen, die Rolle des possessor oder des petitor zuzuweisen sey, — ist nun gewiß zur Evidenz erhoben von v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 336.

2) Was versteht man unter justa oder injusta possessio?
3) In welchen Fällen wird man als Besitzer in jure betrachtet, wenn man es gleich nicht wirklich ist, und was sind die Folgen?
4) Wie wird der Besitz überhaupt constituirt? Wenn nur animo et corpore besessen werden kann, so entsteht die Frage: inwiefern doch solchen Personen ein Besitz zugeschrieben werden könne, welche entweder der Willensfähigkeit ermangeln, wie Kinder, Rasende und dergl., oder solchen, welchen als blos fingirten Personen oder moralischen Personen ein körperliches Inhaben nicht möglich ist?
5) Wie ist der gesetzliche Grundsatz zu verstehen: plures eandem rem in solidum possidere non possunt?

Zu 1) Der Besitz, ein Erbstück aus dem verdrängten Naturzustande, ursprünglich blos factisches Herrschaftsverhältniß, wurde unter der Herrschaft positiver Gesetzgebung nothwendig zu einem civilrechtlichen Institut und daher mit eigenen Rechtsmitteln ausgerüstet. Indessen herrscht in der Theorie eine große Verschiedenheit der Meinungen, und so insonderheit darüber, ob zum juristischen Begriff des Besitzes wesentlich der animus domini gehöre, wie v. Savigny im Recht des Besitzes §. 7., Schilling Lehrb. für Institt. Bd. II. §. 133., v. Vangerow in den Pandecten Th. I. §. 199. u. 200. und wohl die meisten Rechtsgelehrten statuiren,*) oder nur überhaupt irgend eine Absicht, die Sache dem eigenen Willen zu unterwerfen, anzunehmen sey; cf. l. 1. §. 3. D. 41. 2. — l. 18. D. eod., Thibaut System §. 202. (ed. 8.), v. Buchholz Versuche no. 8., Guyet im civilist. Archiv Bd. IV. S. 361., so auch das preußische Landrecht Th. I. tit. 7. §. 3. etc. Vergl. dazu Lenz, d. Recht des Besitzes (1860), S. 100., Brinz Lehrb. d. Pand. §. 27.

Ebenso abweichend sind die Ansichten darüber, was für einen Begriff die Römer mit poss. civilis und naturalis verbunden haben? Vergl. außer den oben angeführten Schriftstellern Burchardi im Archiv für civil. Praxis Bd. XX. no. II., Warnkönig daselbst no. VII., Fritz zu Wening-Ingenheim's Lehrb. d. gem. Civilr. S. 252.,

---

*) Diesem Princip folgt auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch Th. II. §. 309. Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

Thibaut im civil. Archiv Bd. XVIII. S. 317. und Bd. XXIII. S. 167., v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 233., Bartels daselbst Bd. VI. S. 177., Sintenis ebend. Bd. VII. S. 223. u. 414., G. Thon über civilis und naturalis possessio im Rhein. Museum Bd. IV. S. 95., Schroeter Obs. jur. civ. no. IV. Cap. 2. de possess. in eos, qui alieno nomine possident, translatione. Gans über die Grundbegriffe des Besitzes Berlin 1839., v. Thaden über den Begriff der römischen Interdicte &c. 1833., Th. A. L. Schmidt über das possessorische Klagrecht des jurist. Besitzers gegen seinen Repräsentanten, Gießen 1838., v. Tigerström die b. f. possessio oder das Recht des Besitzes, Berlin 1836., Roßhirt im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 1., Vollgraf über die eigentliche Bedeutung der Gewähr, über Besitz, Eigenthum &c., ebend. Bd. IX. im Anhang; v. Keller, Pandekten (1861), §. 116. u. Brinz Lehrb. d. Pand. §. 29.

Die Hauptansichten sind folgende:

I. Nach v. Savigny's Theorie ist lediglich die possessio ad usucapionem als possessio civilis anzusehen. Da es aber noch einen Besitz gibt, welcher doch auch rechtlichen Schutz — nämlich durch die Interdicte — genießt, so heiße dieser possessio schlechthin. Wenn es endlich auch noch einen Besitz geben kann, für den sich in den Gesetzen keine rechtliche Wirksamkeit findet, nämlich das natürliche Verhältniß im Gegensatz des juristischen (possessio naturalis), so liege diese außer der juristischen Sphäre. Daß nach dieser Theorie — wenn man nämlich unter Civilbesitz blos den Usucapionsbesitz versteht — der animus domini von dem Begriff des Civilbesitzes unzertrennlich sey, leuchtet von selbst ein.

II. v. Vangerow a. a. O. beschränkt den Begriff von Civilbesitz nicht auf die possessio ad usucapionem, behauptet aber auch animum domini als juristische Grundlage des Besitzes. Er statuirt daher poss. civilis, wenn Jemand die Detention verbunden mit dem animus domini hat, wogegen ihm possessor naturalis derjenige ist, welcher zwar detinirt, aber jenen animus nicht hat, oder nicht haben darf; z. B. weil die besessene Sache extra commercium oder der Besitzer selbst des Eigenthums unfähig ist, oder der Besitz aus einem civilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäft abgeleitet wird. In diesen letzten Fällen könne nämlich zwar factisch der animus domini vorhanden seyn, aber in den Augen des Gesetzes sey er nicht vorhanden, demnach nur eine

reine res facti, quae jure civili infirmari non potest, l. 1. §. 4. D. 41 2. oder eine possessio naturalis.*)

Dem zu I. u. II. gemeinschaftlich angenommenen Princip, daß dem juristischen Besitz zwei Elemente, nämlich die körperliche Unterwerfung und der animus domini vereint zum Grund liegen müssen, scheint zwar entgegen zu stehen, daß es noch andere Fälle gibt, in welchen nicht animus domini, sondern irgend ein anderer von den Gesetzen allerdings geschützter affectus tenendi, habendi, dominandi dem factischen Inhaben zum Grunde liegt, insbesondere das Verhältniß des Sequesters und Pfandgläubigers.**) v. Savigny rechtfertigt diese scheinbaren Ausnahmen durch den von denselben abstrahirten Begriff eines abgeleiteten [von Brinz Pand. Bd. I. S. 66. f. g. „anvertrauten"] Besitzes. In den beiden bemerkten Fällen ist nämlich das Bedürfniß vorhanden, dem Besitzer, welcher es der Regel gemäß wäre, den Besitz zu entziehen, dem Faustpfandgläubiger soll dadurch die Ausübung seines Pfandrechts, bei dem Sequester soll das ungewisse oder streitige Recht der nicht besitzenden Partei gesichert werden; Grund genug, eine Anomalie***) eintreten zu lassen. — Roßhirt

---

*) Auch der possessor naturalis hat wenigstens das interdictum unde vi, l. 1. §. 9. u. 10. D. 43. 16. Daher auch die von ihrem Mann beschenkte Ehefrau Dritten gegenüber. Die römischen Juristen brauchten den Beisatz naturalis zu possessio, wenn eine andere Person im Rechte als Besitzer galt.

**) v. Savigny rechnet dazu auch den Besitz des Emphyteuten und des precario accipiens, aber s. dagegen G. F. Puchta im Rechtslex. Bd. II. S. 48. Dazu Lenz Recht d. Besitzes, S. 105 ff. u. v. Keller, Pandekten, §. 118.

***) Bei welcher aber auch wohl zu bemerken ist, daß sie nicht über ihren Grund und Zweck hinausreicht; denn diese Subjecte des abgeleiteten Besitzes haben blos poss. ad Interdicta. Z. B. auf den Sequester kann der Besitz nur übergeben, wenn dies ausdrücklich ausbedungen ist; l. 39. D. 41. 2. — l. 17. §. 1. D. 16. 3., Glück Thl. XV. S. 145., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 200. S. 408. der VI. Aufl. Dem Pfandgläubiger muß zwar der Besitz zugeschrieben werden, weil im pignus die possessionis traditio ausdrücklich enthalten ist, aber dessenungeachtet behält der Pfandschuldner possess. ad usucapionem, l. 1. §. 15. l. 36. D. 41. 2. Dasselbe muß wohl auch bei der emphyteusis und superficies gelten; s. v. Vangerow a. a. O. S. 410. Der precario accipiens hat zwar an beweglichen ihm bittweise überlassenen Sachen den Besitz, weil der precario rogatus den Besitz aufgegeben hat, aber die bittweise Ueberlassung derselben hemmt den Usucapionsbesitz des Eigenthümers nur während der Zeit des Precariums, und hindert ihn dagegen nicht, wenn das precarium aufgehört hat, auch die Zeit, während welcher er die Sache bittweise überlassen hatte, an seinen Besitz anzuknüpfen; l. 13. §. 7. D. 41. 2. — Ganz klar ist übrigens, daß dem Procurator, Depositar, Com-

im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 242. scheint weniger Beifall zu verdienen, wenn er unter dem animus domini nur die Gesinnung, jeden Andern von der Sache auszuschließen, verstanden wissen will; denn diese Gesinnung findet sich ja auch bei dem blos natürlichen Besitz. Wer den animus domini nicht hat, müßte diesen einem Andern zugestehen und könnte daher auf einen Schutz seines Inhabens, als eines selbständigen Rechts, keinen Anspruch haben. Indem ich auf den Schutz meines Besitzes Anspruch mache, verlange ich, daß mein Wille, den ich in die Sache gelegt habe, noch ehe dessen Rechtmäßigkeit dargethan ist, schon wegen der Möglichkeit, daß er, als der eines Rechtsfähigen, diese Eigenschaft habe, respectirt werde; Puchta im Rechtslex. Bd. II. S. 47. Dabei ist es, wie Höpfner von den Besitzrechtstiteln und Besitzprocessen Leipzig 1841. bemerkt, gleichgiltig, ob der angewandte Vernunftwille als allgemeiner Wille die ganze Substanz des Gegenstands erfaßt, also das Eigenthum bezweckt, oder als besonderer Wille einen so vielfach verschiedenen Zweck verfolgt, als von dem Gegenstande, auf welchen er gerichtet wird, viele und verschiedene nutzbare Theilchen nach Raum und Zeit, übrigens ohne gänzliche Aufhebung der Substanz des Gegenstandes nach den Gesetzen des Denkens losgelöst werden können, wie sich dies z. B. in den verschiedenen Formen der den Römern schon bekannt gewesenen Dienstbarkeiten der Sache, sammt Emphyteuse und Superficies, welche mit dem Pfandrechte die s. g. jura in re ausmachen, und den erst später, namentlich durch germanische Sitten aufgekommenen Verhältnissen z. B. den Regalien, den Diöcesan-, Parochial-, Jurisdictions- und gutsherrlichen Rechten, den Zwang- und Bannrechten, der Leibzucht, dem Lehen zeigt.

Ohne in weitere Discussionen einzugehen, von welchen v. Savigny in der 6. Auflage seines Werks über den Besitz S. 138. rc., sagt: „In allen diesen neuern Schriften ist also viel Mühe ohne Resultat, ja eigentlich ohne ein erhebliches Ziel aufgewendet worden," wird sich dem Praktiker die Frage: was juristischer Besitz sey? einfach aus den gesetzlichen Voraussetzungen der possessio und aus den rechtlichen Wirkungen, welche die Gesetze an die possessio knüpfen, beantworten.

Unzweifelhaft ist hierüber Folgendes:

a) Wer einen besitzfähigen Gegenstand bei persönlicher Fähigkeit zu

---

mobatar der Besitz als ein selbständiges Recht nicht beigelegt werden kann, quia solummodo aliis ministerium praebent. Eben so wenig dem in possessionem missus, wenn die missio blos in der Absicht geschah, um vor einer Veräußerung sicher zu stellen, Früchte zu genießen.

besitzen, auf was immer für eine Weise — nur demjenigen gegenüber, von welchem er seinen Besitz überkommen hat, nicht vi, clam oder precario*) — besitzt, nämlich corpore et animo sibi habendi inne hat, der hat Anspruch auf Schutz in seinem Besitzstand, dem stehen zu diesem Ende die Interdicte zu. Qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. l. 2. D. 43. 17.

b) Wer den Besitz zum Zweck der Usucapion geltend machen will, muß außerdem auch eine rechtmäßige Erwerbungsart für sich haben, welche ihn zu dem Glauben berechtigen konnte, die an sich usucapionsfähige Sache (welche also nicht res furtiva, vi possessa und dergleichen seyn darf) pro suo zu besitzen, l. 24. C. 3. 32. — l. 6. C. 7. 14. und wirklich im guten Glauben seyn.

In dieser Hinsicht unterscheidet das preuß. allgem. Landrecht Th. I. Tit. 7. §. 7. zwischen vollständigem und unvollständigem Besitz und erinnert dadurch an die Ansicht des Placentius, welche v. Savigny a. a. O. als die älteste unter allen Meinungen hierüber folgendermaßen anführt: „es gibt nur einen juristischen Besitz, der aber verschiedene Wirkungen haben kann, indem er bald die Usucapion möglich macht (plena), bald nicht (minus plena).**)

Zu 2) Die Eintheilung der possessio in justa und injusta ist ganz unabhängig von der Unterscheidung zwischen possessio civilis und naturalis. Eine wie die andere kann justa oder injusta seyn; denn das justum ist hier nicht auf das jus civile zu beziehen, sondern bedeutet das Rechtliche überhaupt, und bezieht sich in den meisten Fällen auf die vitia possessionis. Justa possessio heißt dann jede Detention, welche ohne Gewalt, ohne Verheimlichung und ohne precarium angefangen hat; s. v. Savigny a. a. O. §. 8.

Zu 3) Dies geschieht zur Strafe:

a) bei Demjenigen, qui dolo desiit possidere, oder auch welcher in

---

*) Schroeter de possessione ejus, qui precario accepit in Obs. jur. civ. no. IV. cap. 1., Kritz Sammlung von Rechtsfällen Bd. I. S. 177. über das precarium, Brackenhöft im civil. Archiv Bd. XXIV. S. 197. über die drei vitia possessionis.

**) Aus dieser Verschiedenheit der Qualification entsteht auch die Folge: wenn in einem Processe über den jüngsten Besitz die Qualität rechtskräftig anders bestimmt worden ist, als der Besitz zur Verjährung beschaffen seyn muß, so kann die Partei auch nicht jene Qualität des jüngsten Besitzes bei der nachher im petitorischen Processe auszuführenden Verjährung zum Grunde legen; v. Langenn und Kori Erörterungen Thl. I. Abth. 3.

böser Absicht den Besitz nicht hat erwerben wollen; sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem non voluit admittere. l. 25. §. 8—10. l. 45. D. 5. 3. — l. 27. §. 3. D. 6. 1. — l. 131. l. 150. l. 157. §. 1. D. 50. 17. — l. 68. l. 71. D. 6. 1.

b) bei Demjenigen, qui liti se obtulit, d. i. welcher sich wegen einer gar nicht in seinem Besitz oder nicht in seinem juristischen Besitz befindlichen Sache so einläßt, als ob er wirklich juristischer Besitzer der Sache wäre, l. 25. l. 27. pr. D. 6. 1. — l. 13. §. 13 D. 5. 3. — l. 5. pr. §. 3. D. 12. 3. — l. 7. D. 6. 1. — l. 95. §. 9. D. 46. 3. — l. 2. C. 3. 19. — Es wird aber dabei vorausgesetzt, daß der Kläger es nicht selbst besser wußte, was aber der Beklagte beweisen muß, l. 26. D. 6. 1. — l. 45. D. 5. 3. — auch kann der Beklagte seinen Fehler, so lange als noch Kläger keinen Schaden erlitten hat, wieder gut machen, l. 25. D. 6. 1. — Glück Thl. VIII. §. 586. S. 208. Thl. VII. §. 565. S. 526.

Zu 4) Factum und animus sind seine beiden Factoren.*) Das factum muß ein solches seyn, wodurch ich in den Stand gesetzt werde, daß ich, und ich allein, über die Sache nach Willkür verfügen kann. Dies gilt besonders von der Tradition, wo der Besitz vom vorigen Besitzer an mich übergeben, nothwendig außer aller fremden Gewalt sich befindet, mithin die unmittelbare, gegenwärtige Möglichkeit meiner ausschließenden Einwirkung auf die Sache keinem Zweifel unterliegt. Von dem animus ist zur Fr. 1. das Nöthige bemerkt worden; vergl. Warnkönig über die richtige Begriffsbestimmung des animus possidendi im civil. Archiv Bd. XIII. S. 167., Orbolff Bemerkungen zur Lehre vom animus possidendi, München 1838. Durch Occupation wird, wenn die Sache keinen Eigenthümer hat, zugleich das Eigenthum erworben, außerdem kann der Besitz unter weiteren Bedingungen zum Eigenthumserwerb führen; s. Fr. 1. lit. b.

Kinder**) und Wahnsinnige***) können durch Autorität des

---

*) Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore, l. 3. §. 1. D. 41. 2.

**) Besitzerwerb eines Kindes, s. Rhein. Museum Bd. V. S. 33., s. auch folgenden §. 2. zu Fr. 1. not. *)

***) In Ansehung Rasender ist besonders zu bemerken, daß ein später eingetretener Verlust des Verstandes die Fortsetzung des zuvor schon gehabten Besitzes nicht hindert, s. Glück Thl. II. §. 181. S. 571., vergl. den folgenden §. 84. Fr. 5.

Vormunds zum Besitz gelangen, l. 1. §. 3. l. 18. §. 1. l. 32. §. 2. D. 41. 2. — Unmündige auch sogar ohne jene Autorität, s. l. 32. §. 2. D. 41. 2. — sie konnten auch durch einen Sclaven den Besitz eines Sonderguts erlangen, l. c. und l. 26. C. 8. 54. — Von der hereditas jacens sagt l. 1. §. 15. D. 47. 4.: possessionem non habet, quae est facti et animi. Heut zu Tage läßt man dem Erbschaftscurator die Besitzerwerbung zu; s. Kreittmayr Anmerk. zum bayer. Landrecht Thl. II. Kap. V. §. 3. Juristische Personen sind des Besitzes auch nur dann fähig, wenn sie einen Vertreter haben, l. 1. §. 15. D. 47. 4. — l. 1. §. 22. l. 2. D. 41. 2. — l. 1. §. 2. D. 3. 4. — l. 7. §. 3. D. 10. 4.

Zwar sind noch neuerlich Zweifel dagegen erhoben worden, wegen des Grundsatzes: ignoranti possessio non adquiritur; denn allen diesen Subjekten fehlt ja die Wissenschaft, und ohne diese konnte man früher nur durch Sclaven und ex causa peculii ausnahmsweise Besitz erwerben. Gegen solche Bedenken (s. Warnkönig im civil. Archiv Bd. XX. S. 412.) hat sich aber wohl längst die gemeine Meinung dahin fixirt, daß die Regel ignoranti possessio non adquiritur nicht auf Städte, Pupillen, Minderjährige und Wahnsinnige anzuwenden sey, daß vielmehr die Repräsentanten einer juristischen Person, daß der tutor und curator seinem Mündel den Besitz auf giltige Weise erwerben könne, ohne daß dabei auf den Willen des Repräsentirten selbst gesehen wird; s. v. Savigny a. a. O. §. 26., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. S. 32.

Zu 5) Da der Besitz seinem Begriffe nach ausschließend ist, so ist es seiner Natur entgegen, daß Mehrere zugleich die Sache im Ganzen sollten besitzen können,*) l. 3. §. 5. D. 41. 2. — Dies hindert aber nicht, daß Mehrere gemeinschaftlich nach bestimmten idealen Theilen besitzen können (compossessio) l. 5. D. 45. 3. — l. 25. §. 1. D. 50. 16. — l. 8. D. 6. 1.

---

§. 84.

2. Von Erwerbung des Besitzes und den Gegenständen desselben, insbesondere auch von der quasi possessio jurium.

1) Was wird wesentlich erfordert, um durch einen Stellvertreter Besitz zu erwerben?

---

*) Dem steht nicht entgegen, daß nach den zur Frage 1. gemachten Bemerkungen z. B. beim Pfandschuldner possess. ad usucapionem und zugleich beim Pfandgläubiger poss. ad interdicta angenommen wird, denn Ersterer hat nur eine poss. ficta. l. 36. D. 41. 2., Puchta im Rechtslex. Bd. II. S. 49.

2) Was entsteht in Ansehung des Besitzerwerbes für eine rechtliche Folge, wenn mein Stellvertreter die Sache, welche ihm ein Dritter für mich übergeben hat, sich selbst zueignet, oder einem Andern überträgt?
3) Was wird auf Seite des Tradenten zu einer giltigen Tradition erfordert? Auf welcherlei Art kann diese vor sich gehen, und was wirkt eine bedingte Tradition?
4) Wie wird bei einer societas omnium bonorum die Besitzübertragung bewirkt?
5) Ist mir, indem ich den Besitz eines Grundstücks erwerbe, auch der Besitz des darin vergrabenen Schatzes erworben?
6) Was versteht man unter traditio brevi manu, und wie wird der Besitz durch ein bloßes Constitut erworben?
6a) Ist bei dem Verkauf des Holzes auf dem Stamm die Tradition durch Signirung der Bäume mit dem Waldhammer als wirklich erfolgt anzunehmen?
7) Auf welcherlei Art kann die Apprehension geschehen, insbesondere
   a) bei Gebäuden oder Grundstücken?
   b) bei beweglichen Sachen?
   c) bei rebus unitis?
   d) bei einer aus zerstreuten Objecten bestehenden universitas rerum?
8) Wie wird an unkörperlichen Rechten, insbesondere Servituten der Besitz durch Tradition oder Occupation erworben?
9) Können alle Rechte Gegenstand einer quasi-possessio seyn?
10) Bei einer zusammengesetzten Sache (res composita) entsteht die besondere Frage:
   a) ob der Besitz im Ganzen, also durch das Ganze an den einzelnen Theilen, oder an jedem einzelnen Theile für sich erworben wird?
   b) wenn eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen vereinigt wird, werden dadurch der Besitz und die Usucapion der ersteren als solcher unterbrochen? wie wenn eine bewegliche Sache mit einer andern beweglichen Sache vereinigt würde?
   c) wenn die zusammengesetzte Sache in einzelne Theile zerlegt wird, so daß also nun ein neuer Besitz an den einzelnen Theilen erst beginnt, ist dann an diesen erst

eine neue Usucapion nöthig, wenn am Ganzen dieselbe schon vollendet war?

11) Unter welchen Voraussetzungen kann man an einem einzelnen Theil eines Ganzen Besitz erwerben?

12) Welche Gegenstände sind nicht fähig besessen zu werden?

Zu 1) Es wird erfordert:

a) daß der Stellvertreter willensfähig sey, l. 1. §. 9. 10. D. 41. 2.

b) daß er ein factum apprehensionis verbunden mit dem animus possidendi vornehme, insbesondere daß er

c) für mich erwerben wolle, l. 1. §. 19. u. 20. D. 41. 2. — Endlich

d) muß aber, weil mit Ausnahme der Peculien, des Erwerbs durch Vormünder*) und der Städte der Grundsatz gilt: ignoranti possessio non acquiritur, auch mein Wille hinzukommen. Es genügt indessen, daß der Repräsentant aus meinem Willen handelt, vergl. unten §. 107. v. d. Ersitzung, Fr. 11.

Dies ist der Fall, wenn ich ihm den besonderen Auftrag dazu gegeben habe. Ich erlange dann durch seine Handlung, auch ohne von derselben Bericht erhalten zu haben, den durch ihn für mich erworbenen Besitz, l. 34. §. 1. l. 49. §. 2. D. 41. 2. — l. 1. C. 7. 32. — doch nur den Interdictenbesitz; zur Usucapion hingegen ist mein Wissen erforderlich, l. 47. D. 41. 3. l. 1. C. 7. 32. — l. 49. §. 2. D. 41. 2.; diese läuft mir daher in dem Falle, wenn ich Jemand zur Besitzergreifung in meinem Namen beauftragt habe, erst von der Zeit an, wo ich von dem Vollzug des Auftrags Nachricht erhalten habe. Vergl. dazu Seuffert's Archiv XII. No. 231.

Zweifelhaft ist die Wirksamkeit der Handlung eines procurator universalis. Aeltere Rechtsgelehrte machen zwischen einem General- und einem Specialmandat durchaus keinen Unterschied. Sive specialiter ei mandavimus de re certa, sive generaliter, ut nostra negotia gereret, *jam ab initio* hac mente fuimus, ut vellemus, quicquid hic nobis gereret, nobis acquiri. Donell Comm. Lib. V. Cap. 8. §. 10. Ebenso Vin-

---

*) Daß auch infantes auctoritate tutoris Besitz erwerben können, indem entweder der Vormund für den Pupillen, oder dieser selbst mit der Autorisation des Vormunds apprehendirt, wird nach mancherlei Disputationen über l. 3. C. 7. 32. — l. 32. §. 2. D. 41. 2. h. z. T. keinem Bedenken mehr unterliegen, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 204., Denzinger im civil. Archiv Bd. XXXI. S. 268.

nius im Institut.-Comm. Lib. II. cap. 9. §. 6. — Die neueren Rechtsgelehrten halten hingegen ein Mandat de re certa für nöthig, daher bei einem Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum die Wirksamkeit erst durch unsere Ratihabition zu Stande kommen könne; s. v. Savigny Recht des Besitzes §. 26. S. 366. und nach ihm Glück Thl. VIII. S. 120., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. Civilr. Bd. I. S. 268., v. Hartitzsch Entscheidungen S. 53.*), Puchta in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 61., v. Scheurl Beiträge H. 2. no. 8. S. 212. ꝛc. Diese Meinung stützt sich hauptsächlich auf Paul. sent. rec. V. 2. §. 2. per procuratorem acquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est. *Absente autem domino* comparata non aliter ei, quam *si rata sit*, quaeritur, s. auch l. 42. §. 1. D. 41. 2. Dagegen wird von Andern bemerkt: der erste Satz unterscheidet zwischen einem Specialbevollmächtigten und einem procurator universorum bonorum gar nicht, wie denn auch andere Gesetze zwischen beiden keinen Unterschied in der Wirksamkeit des Mandats machen, §. 5. J. 2. 9. — l. 13. pr. l. 20. D. 41. 1. — l. 1. §. 20. D. 41. 2. — l. 1. l 8. C. 7. 32. und der letzte Satz kann füglich von einem negotiorum gestor verstanden werden; Paulus wollte nämlich laut des Eingangs vollständig angeben: wie der Besitz per liberas personas erworben werde, nämlich entweder durch einen Procurator, oder ohne Auftrag durch einen negotiorum gestor mittelst nachfolgender Genehmigung. Zu dieser Ansicht neigt sich Unterholzner in der Verjährungslehre Bd. I. S. 413. not. 416. der II. Aufl.; umfänglich ist sie ausgeführt von Bremer in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XI. S. 211—266. und Bd. XVII. S. 193—226. Ihr scheint auch die bemerkte l. 42. §. 1. zu Statten zu kommen, wo dieser Unterschied zwischen dem procurator und dem negotiorum gestor, qui sua sponte egerit l. 3. §. 10. D. 3. 5., ganz bestimmt hervorgehoben ist, wogegen man bei einer andern Erklärung der Worte des Paulus zu dem heterogenen Satz kommen würde: daß man nur dann durch einen Procurator Besitz erwerben könne, wenn man selbst dabei anwesend sey, und daß zum Besitzerwerb für einen Abwesenden kein Mandat genüge. Der Ausdruck „procurator“ wird übrigens in mehreren Gesetzstellen in einem so weiten Umfang gebraucht, daß er den negotiorum gestor

---

*) Beide Letztere geben übrigens dem Grundsatz, daß der Wille des dominus von vornherein auf eine besondere einzelne Sache gerichtet seyn müsse, einige Lüftung in so weit, daß es genügen könne, wenn der Auftraggeber die Sache nach ihrer Gattung oder ihrem Endzweck bestimmt, und die Wahl der species dem Beauftragten überlassen habe.

und defensor mit begreift, daher der Ausspruch Ulpian's wohl auch auf eine neg. gestio bezogen werden kann. Diese Meinung hat, obwohl zum Theil aus nicht genügenden Gründen, das O.=A.=G. in Oldenburg sich angeeignet; s. Seuffert's Archiv Bd. V. S. 124. Bei einem Gemeinde=Repräsentanten wurde nicht bezweifelt, daß er kraft dieses generellen Repräsentationsverhältnisses zum Besitzerwerbe für die Gemeinde befähigt sey; s. Plenarbeschluß des Obertribunals in Berlin v. J. 1852 in Emminghaus corp. juris Germ. II. S. 186., vergl. auch Kuhlmaier &c. Entsch. d. preuß. O.=Trib. Bd. XXII. S. 821., Nehrhoff Archiv I. S. 180. Amtliche Vertretung genügt auch nach Sintenis im Civilr. Bd. I. §. 44. S. 457. und Puchta a. a. O. bei Stellvertretern juristischer Personen.

Wenn der Eigenthümer seine Sache einem Stellvertreter als solchem tradirt, mit dem Bewußtseyn, daß er Stellvertreter, aber ohne zu wissen, wessen Stellvertreter er sey, so macht er dadurch den Vertretenen unmittelbar zum Eigenthümer; v. Scheurl Beitr. zur Bearbeitung des R. R. H. 2. S. 208.

Auch wenn der Eigenthümer einer Person tradirt, von der er nicht weiß, daß sie in fremdem Namen handle, dabei aber es ihm gleichgiltig ist, ob durch die Tradition das Eigenthum an sie oder durch sie an einen Dritten gelange, erwirbt doch durch diese Tradition Derjenige das Eigenthum unmittelbar, in dessen Auftrag und für den der Apprehendent die Sache empfängt; Puchta in den Pandectenvorlesungen §. 148. und in dessen kleinen civil. Schriften no. 32.

Wenn juristische Personen Servituten vermöge Verjährung behaupten, so spricht für Erstere der Umstand, daß die Repräsentanten eine besonders lange Zeit hindurch das fragliche Recht ausübten, auch insoweit, daß an der allerdings auch nöthigen scientia der Verwaltungsbehörde nicht gezweifelt werden darf, weil man sonst eine grobe Nachlässigkeit derselben widerrechtlich voraussetzen müßte; Nehrhoff Archiv I. S. 180., Plenarbeschluß des O.=Trib. in Berlin v. J. 1852 in Emminghaus Corp. jur. Germ. II. S. 186. vergl. übrigens das folgende Kap. II. §. 107. von der Ersitzung Fr. 11.

Bei Waarenverkäufen an Auswärtige kann es zuweilen zweifelhaft seyn, ob der Fuhrmann, dem die Waare zur Beförderung an den Käufer übergeben wird, Stellvertreter des Versenders oder des Destinatars sey? ob also das Eigenthum beim Verkäufer verblieben, oder dem Käufer, der vielleicht bald darauf in Concurs verfiel, bereits erworben ist. Ohne Zweifel muß der Fuhrmann als Stellvertreter des Käufers dann angesehen werden, wenn er vom Käufer erwählt

und dem Verkäufer als Empfänger der Waare bezeichnet ist. Im andern Fall aber, wenn der Käufer dem Verkäufer die Wahl gelassen hat, durch welche Gelegenheit er die Versendung bewirken wolle, scheint der von diesem gewählte Fuhrmann eben so wenig als Stellvertreter des Destinatars betrachtet werden zu können, als die Fahrpost, wenn er durch diese versendet hätte. So erkannte das O.=A.=G. in Stuttgart, s. Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 7.

Zu 2) Wenn die Sache dem von mir Beauftragten für mich vom Dritten zwar übergeben war, aber jener treuloser Weise sich selbst dieselbe zugeeignet, so ist man wohl nicht mehr zweifelhaft darüber, daß von diesem treulosen Mandatar der Ausspruch der l. 13. D. 39. 5. gelte, durch welchen man die l. 37. §. 6. D. 41. 1. ergänzt findet: nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.

Schwieriger ist der Fall, wenn mein Stellvertreter die ihm für mich übergebene Sache einem Andern übertragen hat. Hier nehmen Manche an, es sey der ganze Act nichtig; s. Hufeland im Civilr. Bd. I. S. 727., Westphal System des R. R. über die Arten der Sachen, Besitz 2c. §. 849. Unentschieden bleibt Thibaut im System des P.=R. §. 215. (Ed. 8.); nach Braun's Erörterungen zu Thibaut §. 302. S. 309. schiene er sich zu der Meinung bestimmen zu wollen, daß dann dem Dritten der Besitz wirklich zufalle; in seinem Werk über Besitz und Verjährung S. 35. §. 18. macht er hiervon nur dann eine Ausnahme, wenn der Besitz dem Gewalthaber unter der Bedingung, daß er dem Gewalthaber zufallen solle, übertragen war. Aber gewiß entscheiden mit Recht v. Savigny im Recht des Besitzes §. 26. und v. Vangerow Pand. Bd I. §. 205. analog mit dem zuvor erwähnten Fall dahin, daß derjenige den Erwerb mache, welchen der Tradent im Sinne hatte.

Zu 3) Bekanntlich entsteht der Besitz entweder durch Tradition oder durch Occupation. Auf Seite des Tradenten werden dessen vorhergehender Besitz, Dispositionsfähigkeit und fehlerfreie Einwilligung erfordert.

Es gilt übrigens gleich, ob mir vom Vorbesitzer förmlich übergeben wird, oder ob ich die Sache schon früher mit seiner, so lange sie in meinem Gewahrsam war, nicht zurückgenommenen Erlaubniß occupirt habe, l. 16. pr. D. 19. 5. — l. 6. D. 39. 5. — Schweppe R. Privatr. Bd. II. §. 217.

Das Wesentliche der zum Besitzerwerb erforderlichen körperlichen Handlung liegt darin, daß sie mich zur Sache in ein Verhältniß aus=

schließender und willkürlicher Einwirkungsfähigkeit versetzt. Diese setzt aber vor allem voraus, daß ich bei der Sache gegenwärtig sey.

Meine Gegenwart kann die körperliche Behandlung erst möglich machen; dazu aber, daß sie wirklich werden, daß ich mir der physischen Herrschaft bewußt werden könne, ist noch nöthig, daß diese nicht durch die Gegenwart eines Andern verhindert werde; die Freiheit von solchem Hinderniß aber finde ich entweder durch den Willen des Andern, cum vacuam possessionem se tradere dicat, oder durch Gewalt (Dejection des Andern) oder durch Occupation (an einer herrenlosen Sache) l. l. 77. D. de R. V. — l. 3. §. 1. l. 18. §. 2. l. 52. §. 2. D. 41. 2. — Die Tradition kann daher bei Immobilien nicht allein durch Einführung in das Grundstück geschehen, sondern auch dadurch, daß der Tradent mit der erklärten Absicht, das Grundstück in meinen Besitz übertragen zu wollen, auf dasselbe hinweist*), traditio longa manu, l. 18. §. 2. D. 41. 2., ferner durch Uebergabe der Schlüssel in re praesenti §. 45. J. 2. 1. — l. 74. D. 18. 1.**) bei verschließbaren, sowohl unbeweglichen als beweglichen Sachen, bei

*) [Hinweisung ist nicht absolut erforderlich, wenn nur der Erwerber gegenwärtig und die Bezeichnung hinlänglich ist. O.-A.-G. zu Dresden, s. Seuffert's Archiv, XII. No. 5.]

**) Die Beurtheilung kann übrigens in concreto verschieden ausfallen. In einem i. J. 1844. verhandelten Fall, wo dies in Frage kam, erkannte das O.-A.-G. in Dresden: der Natur der Sache nach sey freilich die Gegenwart des verschlossenen Behältnisses, oder besondere Hinweisung im Allgemeinen von Gewicht, weil aber das „apud horrea“ in l. 74. cit. nicht als vorgeschriebene Solennität, und in §. 45. J. 2. 1. — l. 9. §. 6. D. 41. 1. gar nicht vorkommt, so sey nach l. 18. §. 2. D. 41. 2. anzunehmen, daß jenes Requisit alsdann ersetzt wird, wenn sonst Merkmale vorliegen, daß die Parteien die erkaufte Sache als in die Bewahrung des Käufers gelangt sich dachten, z. B. im Contracte sagten: das erhandelte Getreide sey a dato Eigenthum des Käufers; er habe die Schlüssel zum Boden, weil es habe umgestoßen werden müssen, nicht annehmen wollen, bekenne aber nunmehr den Empfang des Schlüssels, s. Sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. V. S. 95.

In einem andern i. J. 1835 entschiedenen Fall legte derselbe Gerichtshof, als aus einer Concursmasse eine erkaufte Bibliothek vom Käufer vindicirt, und ein Contract, worin erwähnt war, daß die Schlüssel zu dem Bibliothekzimmer dem Käufer zum Zeichen der förmlichen Ueberweisung überliefert worden seyen, producirt ward, das Gewicht zum Nachtheil des Käufers darauf, daß nicht erhelle, ob die Schlüsselabgabe in Gegenwart der Bibliothek erfolgt, vorzüglich aber darauf, daß klar hervorgehe, wie jene Uebergabe der Schlüssel eben bloße Formalität gewesen, indem der Verkäufer sich verpflichtet habe, annoch einen Katalog zu fertigen, was er ohne Zugang zu dem Zimmer nicht im Stande war, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1843. S. 267.

letzteren außerdem auch durch das Hinlegen vor die Augen des Empfangsberechtigten, l. 79. D. de solut.*), oder, wenn die Sache in meine Behausung gebracht wird, l. 18. §. 2. D. 41. 2. — oder wenn sie mir auf Befehl des Vorbesitzers übergeben wird, l. 1. §. 21. D. 41. 2. — l. 79. D. 46. 3. — Vergl. Lenz R. d. Besitzes, S. 180 ff. Bei nicht wohl verschließbaren Sachen genügt die in Gegenwart der Sache gegebene und von mir oder meinem Stellvertreter angenommene Erklärung, sie in meinen Besitz übertragen zu wollen: non est enim corpore et actu (al. tactu) necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu: et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re *praesenti* consenserint, l. 1. §. 21. l. 51. D. 41. 2. — l. 14. §. 1. D. 18. 6., vorzüglich v. Savigny R. d. B. §. 16. — Ob durch Uebergabe der Kaufbriefe oder anderer Erwerbsurkunden die Sache selbst als tradirt anzusehen sey, ist zweifelhaft. Die l. 1. C. 8. 54. entscheidet in einem Fall, wo mancipia verkauft waren, bejahend [? vergl. unten Kap. II. §. 106. zu Fr. 1 a.]. Manche sehen dies als constitutum possessorium, Andere als symbolische Tradition an. Nach v. Savigny a. a. O. dürfte man durch diese Gesetzesstelle, weil das Rescript für einen bestimmten Fall gegeben war, dessen Bedingungen nicht genau bekannt sind, sich nur zu der Annahme berechtigt halten, es kann in der Uebergabe eines Kaufbriefs ein constitutum possessor. liegen, vorausgesetzt, daß aus den übrigen Umständen auf das Daseyn dieses Geschäfts geschlossen werden muß. — Die Wirkung einer bedingten Tradition ist diese: daß ich pendente conditione den Besitz nur im Namen des Andern ausüben kann, existente conditione aber mir der Besitz unmittelbar erworben wird, l. 38. §. 1. D. 41. 2.

Zu 4) Nach l. 1. §. 1. l. 2. D. 17. 2. wird die Tradition aller einzelnen in der Societät begriffenen Sachen schon durch den Vertragsabschluß als geschehen angenommen; was auch als ein Constitut anzusehen seyn mag, s. v. Savigny a. a. O. §. 27., Gesterding alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten, Abh. 2. über die Art, wie man zum Besitz gelangt, besonders von der Tradition. — Archiv für das Handelsrecht herausgegeben von einigen Hamburgischen Rechtsgelehrten Bd. I. von der Besitzübertragung durch Conossement.

Zu 5) Wenn ich auch nichts von dem verborgenen Schatz weiß, so könnte ich doch den Besitz des Schatzes wohl schon durch den Besitz

*) Wodurch die Sache meiner Herrschaft unterworfen wird, nam tum, quod a nullo corporaliter ejus possessio detineretur, adquisita mihi et quodammodo manu longa tradita existimanda est. cf. l. 1. §. 21. D. 41. 2.

des Grundstücks erwerben, wenn jener ein Theil von diesem wäre; denn da würde die Regel für mich sprechen, daß durch das Ganze die einzelnen Theile eo ipso erworben und selbst usucapirt werden. Allein es verstößt gegen den vernünftigen Begriff, wenn man sagen wollte, der Schatz sei ein Theil des Grundstücks. Ist nun dies nicht zu behaupten, so kann ich den Besitz des Schatzes nur durch Ausgraben erwerben; l. 44. pr. D. 41. 2. Finde ich ihn zufällig, so habe ich nun corpore et animo den Besitz des Schatzes unmittelbar und nicht erst mittelbar durch den Besitz des Grundstücks erlangt. Es kann aber auch der Fall seyn, daß ich, nachdem ich das Grundstück erworben hatte, etwas von dem darin vergrabenen Schatz in Erfahrung gebracht habe; nun kommt also zu der früher durch den Besitz des Grundstücks ausgeübten körperlichen Detentian auch der affectus possidendi, und so fehlt dann nichts weiter, um behaupten zu können, daß ich den Schatz besitze; indessen werde ich in diesem Fall, wenn ich von dem Vergraben Nachricht erhalten habe, auch wissen, daß der Schatz ein fremdes Eigenthum ist, dann kann ich ihn aber wenigstens nicht usucapiren, weil es mir an der bona fides fehlt, l. 3. §. 3. l. 44. pr. D. 41. 2.

Zu 6) Es ist oben schon bemerkt worden, daß man nur animo et corpore Besitz erlangen kann. Die Verbindung zwischen animus et corpus kann aber auch in successiver Weise erfolgen; z. B. ich habe bisher eine Sache in bloßer Detention gehabt; nun kommt ein factischer Grund hinzu, durch welchen jene zum juristischen Besitz qualificirt wird. Da genügt es schon, daß der animus possidendi zu meinem bisherigen körperlichen Verhältniß zur Sache hinzutritt. Die Gesetze sagen nämlich: nur dann könne man nicht solo animo acquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. l. 3. §. 3. D. 41. 2. — l. 9. §. 5. D. 41. 1. — §. 44. J. 2. 1. — l. 62. pr. D. 21. 2. — l. 9. §. 9. D. 12. 1. — Diese Verwandlung der Detention in juristischen Besitz pflegt man als traditio brevi manu zu bezeichnen; s. Glück Thl. VIII. S. 105.

Aber umgekehrt kann auch der bisher gehabte juristische Besitz in bloße Detention verwandelt werden, und dies geschieht durch das constitutum possessorium. Dieses entsteht nämlich dadurch, daß der eigentliche Besitzer von nun an in meinem Namen besitzen, mithin meinen Besitz ausüben zu wollen erklärt, l. 18. pr. D. 41. 2. — oder solche Handlungen vornimmt, aus welchen dies nothwendig folgt; z. B. A. schenkt mir eine Sache und zu gleicher Zeit miethet er sie von mir; auf diese Weise macht er mich zum Besitzer, sich zum

Verwalter meines Besitzes, l. 77. D. 6. 1.; so auch, wenn an einer verpfändeten Sache dem Schuldner der Gebrauch precario überlassen wird, ist dem Gläubiger der Besitz durch bloßes constitutum erworben, l. 15. §. 2. D. 2. 8.*) Vergl. Seuffert's Archiv XIV. No. 90.

Zu 6 a) Diese Frage wird zwar bejaht, in v. Nettelbladt's Rechtssprüchen des Oberappellationsgerichts zu Parchim Thl. I. no. 3., sie ist aber wohl mit mehr Grund zu verneinen. Auch ist Nettelbladt's Meinung gründlich widerlegt in Hagemann's pr. Erörterungen fortges. v. Spangenberg Bd. X. no. 2. S. 9—14.

Ein erheblicher Zweifel wird wohl dagegen nicht aus dem Grund erhoben werden können, daß nach l. 14. §. 1. D. 18. 6. bei nicht wohl verschließbaren Sachen das Aufdrücken seines Zeichens oder Siegels von Seite des Käufers als factum apprehensionis gelten könne, s. Glück Thl. VIII. S. 114. not. 15., v. Savigny a. a. O. §. 16. — Wäre nämlich auch das Signiren mit einem Waldhammer diesem gleich zu achten, was nicht schlechthin anzunehmen seyn dürfte, so kommt im unterstellten Fall noch besonders in Betracht, daß Bäume, so lange sie nicht vom Boden getrennt sind, noch gar nicht anfangen können, eine Sache für sich zu seyn, daher deren Besitz als einer solchen nur durch die Trennung vom Boden erlangt werden kann. Numquam superficies sine solo longo tempore capi potest. l. 25. u. 26. D. 41. 3. vergl. l. 7. §. 13. l. 26. §. 2. D. 41. 1. Arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo, et ideo, ut dominus, suas specialiter arbores vindicare emtor non poterit; sed ex emto habet actionem. l. 40. D. 19. 1. Der Käufer der bereits von ihm bezahlten Bäume wurde daher in dem unterstellten Fall noch nicht als Eigenthümer derselben angesehen, und mußte sich in dem gleich darauf eingetretenen Concurs des Verkäufers einlassen; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. V. S. 155., Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. I. S. 355.

Zu 7)**) Die Apprehension besteht in einem körperlichen Acte, wodurch der Zustand der physischen Gewalt über die Sache hervor=

---

*) Die Meinung einiger älterer Rechtsgelehrten, als sey das constitutum possessorium blos eine Erfindung der Praktiker, ist von v. Savigny im Recht des Besitzes §. 27. genügend widerlegt; s. auch Glück Thl. VIII. S. 106. u. Thl. XVI. S. 237.

**) Zur Giltigkeit eines Instruments über eine Besitzergreifung wird nicht erfordert, daß solches von einem Notar gemacht sey; ist dies aber geschehen, so hat es keinen Glauben, wenn keine Zeugen zugezogen sind, s. Gebrüder Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 283. u. 324.

gebracht wird. Der Besitz ist demnach apprehendirt, sowie der Erwerber in die gegenwärtige Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache gekommen ist.

Zu a) Daher genügt bei der Besitzübertragung resp. Apprehension von Immobilien schon das Betreten eines Theils des Grundstücks, wenn von demselben aus das Ganze übersehen werden kann, l. 3. §. 1. D. 41. 2. — oder wenn der Besitzer eines Grundstücks mich in dasselbe, welches vor uns liegt, einweist, auch ohne daß ich es betrete, Puchta a. a. O. S. 57. — oder wenn ich auf dem Herd des zu besitzenden Hauses Feuer anzünde, oder aus dem Grundstück eine Erdscholle aussteche.

Zu b) So auch ist an beweglichen Sachen mir der Besitz nicht nur dann erworben, wenn ich sie mit Händen ergreife, oder wenn sie in meine Fallen und Netze gefallen sind, l. 55. D. 41. 1. — oder wenn ich sie durch Aufstellung einer Wache in meine custodia bringe, sondern auch wenn ich mir die Schlüssel zum Aufbewahrungsort oder zum Behältniß der Sache in Gegenwart des Behältnisses übergeben lasse, l. 1. §. 21. D. 41. 2. — l. 9. §. 6. D. 41. 1. — §. 45. J. 2. 1. — oder wenn die Sache in das Haus des Erwerbers mit dessen Wissen gebracht wird, l. 18. §. 2. D. 41. 2. — oder wenn ich Dem, welcher mir eine bewegliche Sache tradiren will, heiße, sie vor mich hinzulegen, traditio longa manu, l. 79. D. 46. 3. So ist mir der Besitz erworben, wenn ich gleich die Sache, die mir Jemand übergeben will, ohne sie zu berühren, einem Dritten geben lasse, l. 31. §. 1. D. 39. 5.

Ob auch schon das Aufdrücken meines Wappens oder Zeichens zum Rechtsbegriff der Apprehension genüge, ist zweifelhaft. Höchstens ist es bei nicht verschließbaren Sachen anzunehmen, wie Bauholz, wovon l. 14. §. 1. D. 18. 6. spricht, und unter der Voraussetzung, daß Demjenigen, welcher den Besitz davon erwerben will, die Sachen stets ohne irgend ein äußeres mögliches Hinderniß zugänglich seyen, s. Glück Thl. VIII. S. 114. not. 15. — l. 1. §. 2. l. 14. §. 1. D. 18. 6. — l. 74. D. 18. 1. — Vergl. Lenz Recht d. Besitzes, S. 208 ff.*)

---

*) [Die Bedeutung der impositio signi ist namentlich im Handelsrecht vielfach erörtert: s. Brunnemann Comment. ad fr. 19. D. 18. 6., v. Martens Handelsr. §. 15., Hillebrand Privatr. §. 118., Thöl Handelsr. §. 79., Brinckmann Handelsr. §. 74., Michelsen, die Hausmarke (1853), S. 64—68. Meiner Ansicht nach gilt die Signirung im Fall einer emtio generis zunächst bloß als definitive Ausscheidung und Spezialisirung,

Bei verschließbaren Sachen ist dies nicht der Fall, wenn ich z. B. Weinfässer blos signire, ohne mir den Kellerschlüssel aushändigen zu lassen, l. 1. §. 21. D. 41. 2. — Das Signiren, an sich betrachtet, ist blos ein Mittel gegen Verwechslung der Fässer, s. Glück a. a. O.

Zu c) Bei rebus unitis gilt die Ergreifung eines Theils pro toto, besonders eines Hauptheils, wie an einem Landgut des Herrnhauses, an einem Hofgut des Hofhauses; Leyser Sp. 452. M. 2. Per demonstrationem könnte dies wohl nicht mit Sicherheit geschehen; denn die römischen Gesetze reden von einem Stück Land, das mit einem Blick übersehen werden kann. Nun können aber zu einem Landgut mehrere Höfe gehören, die außer dem Gesichtskreis liegen; v. Savigny a. a. O. §. 18.

Zu d) Bei rebus disjunctis, wenn sie ein Begriffsganzes bilden, z. B. bei einer Viehheerde gilt die Apprehension im Einzelnen nur für die Stücke, welche eben beisammen sind, l. 30. §. 2. D. 41. 3. — von den abwesenden muß der Besitz besonders ergriffen werden. Dies gilt auch von zerstreuten Erbschaftsstücken; Leyser Sp. 452. in f. Stryck Us. mod. Pand. L. 41. tit 2. §. 6.

Zu 8) Jura incorporalia werden, wenn sie Accessionen einer Hauptsache sind, in der Apprehension dieser begriffen, wenn sie aber für sich bestehen, durch die Ausübung apprehendirt.

In Ansehung der Servituten ist ein Unterschied zwischen den persönlichen und prädialen. Die Ersteren, insbesondere usus und ususfructus, haben das Eigenthümliche, daß das exercitium juris immer mit dem natürlichen Besitz der Sache selbst verbunden ist, daher ich durch die Uebergabe der Sache oder dadurch, daß der Eigenthümer mich in das Grundstück einführt, oder den fructuarius selbst Besitz davon nehmen läßt, den Besitz der Servitut erlange, l. 3. pr. D. 7. 1. — Es finden daher auch hier dieselben interdicta statt, wie bei dem eigentlichen Besitz. Die justa causa wird dann durch das Testament oder den Vertrag begründet, durch welchen mir die Servitut eingeräumt wird.

In Betreff der letzteren oder der prädialen Servituten finden mehrere Distinctionen statt. Sind es positive (affirmative) Servituten, so lassen sich solche entweder in der Art denken, daß sie in unmittelbarer Verbindung mit dem Besitz eines Grundstücks stehen, z. B. jus tigni immittendi: dann entscheidet, weil eine solche Servitut nicht ohne eine permanente Anstalt bestehen kann, durch welche das

---

wenn aber die species schon bestimmt waren, als präsumtive Apprehension (f. Hegel Philos. d. Rechts, I. Ausg. S. 97.)]

Recht ausgeübt wird, jene für den Besitz des Rechts, s. v. Savigny a. a. O. §. 46. oder in der Art, daß die Servitut in Handlungen besteht, die nur mittelbar auf ein anderes Grundstück sich beziehen, z. B. jus itineris. Hier wird der Besitz durch die mit der Absicht einer Berechtigung und dem Wissen Desjenigen, dessen Recht dadurch beschränkt wird, vollzogene Handlung, durch welche das Recht ausgeübt wird, erworben, l. 25. D. 8. 6. — l. 7. D. 43. 19. — l. 1. §. 2. D. 8. 3. — l. 10. pr. D. 8. 5. — l. 1. §. 2. u. 3. l. 7. D. 43. 19. — l. 11. §. 1. D. 6. 2. — l. 6. §. 1. l. 16. D. 8. 5.*) — Bei negativen Servituten gilt nach der gemeinen Meinung, wie auch Thibaut über Besitz, §. 16. zugesteht, cf. v. Savigny a. a. O. §. 46. das Rechtsgeschäft ohne weitere Form für die Erwerbung, und die Ausübung des Besitzes wird nicht nur dadurch, daß ich jede entgegengesetzte Handlung verhindere, und der Andere sich entweder dabei beruhigt oder durch Gewalt oder richterliches Verbot davon abgehalten wird, l. 15. D. 39. 1. — l. 45. D. 39. 2. — sondern auch schon durch das bloße Nichtthun des Andern bewirkt; l. 6. §. 1. D. 8. 5., v. Savigny a. a. O. §. 46., Reinhardt v. den Gegenständen des Besitzes in dessen vermischten Aufsätzen H. II. S. 75.

Zu 9) Nur solche Rechte, welche mit einer dauernden Ausübung verbunden sind, s. Glück Thl. II. §. 182. — Der Quasibesitz ist immer ein uneigentlicher und pflegte nur, wo ein Bedürfniß es zu erheischen schien, angenommen zu werden, wie z. B. im R. R. bei den Servituten und der Superficies, s. Puchta Pandekt. §. 137., v. Savigny a. a. O. §. 44—47.

Durch das canonische Recht, Reichsgesetze und Praxis ging er

*) Daraus folgt jedoch nicht, daß Eigenmacht immerzu gestattet sey. In Beziehung auf solche Prädialservituten, bei welchen die Rechtsausübung in einzelnen vom Berechtigten auf der dienenden Sache vorzunehmenden Handlungen besteht, findet sich nirgends eine Gesetzesstelle, welche dafür spräche, daß es erlaubt sey, ein der Ausübung der Servitut entgegenstehendes Hinderniß zu beseitigen; z. B. der Eigenthümer eines Ackers hatte auf demselben einen breiten Graben aufwerfen lassen, um die Besitzer anderer Grundstücke am Darüberfahren zu verhindern. Diese aber warfen den Graben wieder zu und fuhren neuerdings darüber. Vergebens beriefen sie sich gegen die darauf wider sie erhobene Klage darauf, daß das Zuwerfen des Grabens nur erlaubter Schutz im Besitz gewesen sey. Gegen Veränderung auf dem dienenden Grundstücke, welche die fernere Ausübung der Servitut gefährden, ist dem Inhaber einer Fahrgerechtigkeit sogar die operis novi nunciatio versagt, wie viel mehr also die Selbhilfe. Er muß vielmehr, um eine Inhibition der nachtheiligen Unternehmung zu bewirken, sein Recht nachweisen, s. Erkenntn. d. O.-A.-G. zu Wiesbaden in Flach Entscheid. Thl. I. S. 5.

auch auf die deutschrechtlichen Servituten und mehrere solche Rechte über, welche den Charakter der Dinglichkeit haben*), und an ein bestimmtes Grundstück, an einen bestimmten Localbezirk gebunden sind, wie Diöcesan- und Parochialrechte, Patrimonialgerichtsbarkeit, Zehntrecht, Zwangs- und Bannrechte, Privilegien u. s. w.**) W. Puchta über die gerichtlichen Klagen §. 116., Thibaut System Bd. I. §. 221., Schwepe Röm. Privatr. Thl. II. §. 223. cf. folgenden §. 89. Fr. 16.

Diese Rechte werden aber, auch wenn sie Pertinenzen eines Guts sind, nicht schon durch die Hauptsache besessen, sondern erfordern, wie körperliche Sachen, eigenen Besitz, s. Schweppe a. a. O.***) Ueber den Begriff der juris possessio in v. Buchholtz Versuchen über einzelne Theile der Theorie ꝛc. S. 75., Tübinger Zeitschrift Bd. II. S. 249.

Zu 10) Im Allgemeinen ist

zu a) unzweifelhaft, daß der Besitz an einer zusammengesetzten Sache im Ganzen — nicht an den Theilen für sich — erworben wird. Der Besitzer eines Hauses besitzt demnach die Säulen, Dachziegel u. dgl. nicht für sich betrachtet, sondern er hat vermöge des Hauses als eines Ganzen deren Besitz erworben, l. 30. pr. D. 41. 2. u. l. 23. pr. D. 41. 3. Die Gründe davon, welche Javolenus in l. 23.

*) Mit Recht wurde daher (s. Habicht rechtl. Erörterung. Bd. I. S. 288.) der Bäcker R. mit seiner Klage abgewiesen, ihn im jüngsten Quasibesitz des Rechts zu schützen, um Lohn s. g. Aschkuchen zu backen, zu kochen und zu braten, während dieses Recht in keiner Beziehung zum Besitz von Immobilien stand.

**) Daß bei Weiderechten ein possessorisches Rechtsmittel stattfinde, was v. Savigny im R. d. Besitzes §. 46. bezweifelt, rechtfertigt sich, unserer Behauptung gemäß, dadurch, daß unser jetziges Recht nicht blos auf römischen Vorschriften, sondern eben so sehr auf Grundsätzen des canonischen Rechts und der einheimischen Gesetze beruht, nach welchen possessorischer Schutz ohne Unterschied bei allen Gerechtigkeiten, welche durch die Servitutenklage geschützt werden, um so mehr also bei wirklichen Servituten statt hat; c. 3. 4. 7. X. 2. 12. — l. 6. X. 3. 4. Erkenntniß d. O.-A.-G. Jena in Emminghaus Pand. S. 419. no. 23.

***) Die Besitzklage aus einer Besitzstörung — nahm 1851 das O.-A.-G. Jena an, — kann, sofern von einem jus in re aliena die Frage, z. B. Nutzung eines Gemeindegrundstücks gegen feste Abgaben, von einem Gutskäufer nicht auf die „Gutsübergabe, welche der Verkäufer ihm geleistet," gegründet werden, wenn auch der Käufer den vom Verkäufer stets geschehenen Bezug jener Nutzung behauptet. Es bedürfte eines speciellen Besitzactes des Klägers. Die Tradition hat, was den animus anlangt, andere Voraussetzungen bei dem Eigenthumsbesitz, und andere bei dem Besitz dinglicher Rechte anderer Art: Savigny Besitz, Ausg. 6. S. 576.

cit. angibt, sind durchgreifend. Man kann nämlich nicht zugleich sagen, man besitze eine universitas, und doch einzelne Gegenstände besitzen wollen; sind vollends bewegliche Sachen Theile eines unbeweglichen Besitzthums geworden, so wäre es ja in Beziehung auf Usucapion parador und unpraktisch, eine andere Verjährungszeit für das Ganze, und wieder eine andere für die einzelnen Theile statuiren zu wollen. Die bereits begonnene Ersitzung einer Mobilie wird durch ihre Verbindung mit einer andern Sache, gleichviel ob Immobilie oder Mobilie, unterbrochen, wenn sie dadurch ihre Selbständigkeit verliert, und blos als Bestandtheil des Ganzen in Betracht kommt. Alsdann kann sie mit dem Ganzen ersessen werden; Stephan im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 381. Um aber Einzelnheiten schlechthin nur durch das Ganze zu besitzen und zu ersitzen, muß man wohl voraussetzen, daß erstere integrirende Theile des letztern geworden seyen. Integrirender Theil und nur zu solchem qualificirt sind z. B. die Thüren und Fenster an einem Hause, l. 59. D. 6. 1, die Planken am Schiff, die Räder am Wagen. Wenn z. B. der Wagen gestohlen ist, so kann er nicht usucapirt werden; wird nun diesem gestohlenen Wagen ein Rad eingesetzt, welches nicht gestohlen ist, so wird letzteres dennoch nicht usucapirt, weil nicht das Rad für sich, sondern der Wagen besessen wird. Eben so kann umgekehrt ein gestohlenes Rad mit dem ganzen Wagen zugleich usucapirt werden, wenn nur dieser nicht gestohlen ist; s. v. Savigny Recht des Besitzes §. 22.

Der Begriff eines integrirenden Theils ist aber nicht in dem Fall vorhanden, wenn ich einen Edelstein in einen Ring gefaßt habe; denn der Fingerreif ist nicht ein Theil des Edelsteins und umgekehrt, sondern beide lassen sich ungeachtet der Verbindung als selbständige Sachen betrachten, cum utrumque maneat integrum, l. 30. §. 1. D. 41. 3., wenn gleich nach dem präsumtiven Willen eines Disponenten das Eine als Hauptsache, das Andere als accessorium erscheint. Jede von beiden kann als eine Sache für sich besessen und ersessen werden, jede für sich ein Gegenstand des Verkehrs seyn.

Wenn ich aber ein Einzelnes durch das Ganze besitze, so wird vorausgesetzt, daß ich die Verbindung nicht mala fide vorgenommen habe; denn in diesem Fall hat der frühere Eigenthümer — abgesehen von den besonderen Bestimmungen in Betreff der Gebäude — eine actio ad exhibendum, nämlich auf Trennung, wo diese möglich ist, und dann die Vindication, oder auf Ersatz des Werths, wenn die Trennung nicht möglich ist: l. 23. D. 6. 1. — l. 7. §. 1. D. 10. 4. — l. 7. §. 7. D. 41. 1.

Zu b) Wenn ich eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen in Verbindung dergestalt bringe, daß erstere ein integrirender Theil der letztern wird, z. B. wenn ich Ziegel oder Säulen, deren Usucapion als einzelner Sachen ich noch nicht ganz vollendet hatte, in mein Haus verwende, so wird mein Besitz an den Ziegeln oder Steinen nicht unterbrochen. Der einmal an der Mobilie begonnene Besitz wird, wenn diese durch die Verbindung mit den Immobilien die Natur der letzteren angenommen hat, eben durch diese fortgesetzt. Es ist genug, daß ich das Haus besitze, l. 30. §. 1. D. 41. 3. Der Grundsatz: „Neque enim recipi potest, ut eadem res et ut res soli et tanquam mobilis sit possessa" ist wohl nur in diesem Sinn zu verstehen. Vergl. jedoch Thibaut über den Verlust des Besitzes durch Verbindung zweier Sachen, im civilist. Archiv Bd. VII. S. 79.

Der Besitz einer mit einer unbeweglichen Sache als integrirender Theil vereinigten beweglichen Sache hört aber natürlich auf, Besitz derselben durch das Ganze zu seyn, sobald die Trennung erfolgt ist. So stellt z. B. l. 59. D. 6. 1. den Fall auf: der Bewohner eines Hauses hatte Fenster und Thüren in dasselbe eingesetzt; nach einem Jahr nahm sie der Eigenthümer des Hauses heraus; kann sie nun Derjenige, welcher sie eingesetzt hat, vindiciren? Hierauf wird respondirt: id eum posse; nam quae alienis aedificiis connexa essent, ea, quamdiu juncta manerent, eorundem aedificiorum esse; simulatque dempta essent, continuo in pristinam causam reverti. Vgl. l. 23. §. 2. D. 41. 3. l. 23. §. 7. D. 6. 1. — l. 7. §. 10. u. 11. D. 41. 1 Der Eigenthümer des Hauses hatte die Fenster und Thüren zuvor nicht besessen, mithin konnte er durch das Haus auch nicht einen Usucapionsbesitz an denselben fortsetzen, s. v. Madai im civilist. Archiv. Bd. XXV. S32 1.

Wird eine Mobilie mit einer andern Mobilie verbunden, so wird eben so wenig der Besitz der ursprünglich isolirten Mobilie durch diese Verbindung unterbrochen; denn hier geht ja nicht einmal eine Veränderung in ihrer Qualität vor, mithin werden beide fortwährend als bewegliche Ganze besessen und ersessen; mobilia permanent et utrumque manet integrum; l. 30. §. 1. D. 41. 3., v. Madai a. a. O. Ein fortgesetzter Besitz läßt sich übrigens dann nicht denken, wenn ich eine bewegliche Sache so mit einer andern verbinde, daß jene ein ganz anderer Körper wird, als zuvor (specificatio); denn dadurch hört die Existenz der vorigen Sache in der That auf, folglich auch ihr Besitz: l. 30. §. 4. D. 41. 2., v. Savigny R. d. B. §. 22.

Zu c) Wenn vor vollendeter Usucapion des Ganzen ein Theil

getrennt wird, so entsteht dadurch ein neuer Besitz und also auch eine neue Usucapion an demselben. Erfolgt aber die Trennung erst nach vollendeter Usucapion des Ganzen, so tritt wohl auch ein neuer Besitz an den einzelnen Sachen ein, aber eine neue Usucapion ist nicht nöthig, weil das durch die bereits vollendete Usucapion erworbene Eigenthum durch die Trennung der Theile nicht aufgehoben wird. Eine Ausnahme hiervon tritt nur bei Baumaterialien ein, indem da, wenn das Haus und die Materialien verschiedenen Eigenthümern gehören, die vollendete Usucapion des Hauses deswegen nicht auch den Eigenthumserwerb an den fremden Materialien herbeiführen kann, weil nach besonderen Bestimmungen das Vindicationsrecht der letzteren so lange ruhen mußte, bis das Gebäude abgetragen wurde; l. 23. §. 7. l. 59. D. 6. 1. — l. 7. §. 11. D. 41. 1.*)

Zu 11) Da man eine Sache nicht besitzen kann, ohne sich ihrer als eines bestimmten Besitzgegenstandes bewußt zu werden, so wird vorausgesetzt, daß diese Bestimmtheit entweder dadurch bewirkt wird, daß der Theil auch für sich ein eigenes Ganze ausmachen kann, oder daß ein arithmetisch bestimmtes Verhältniß des Theils zum Ganzen stattfindet, nam incertam partem possidere nemo potest. l. 3. §. 2. l. 26. D. 41. 2. — l. 32. §. 2. D. 41. 3.

Zu 12) Durch das wesentliche Criterium des Besitzes [besser des Besitzanfangs], als einer solchen Bemächtigung der Sachen, daß ich darüber in jedem Augenblick nach Willkür zu verfügen im Stande bin (denn nicht der wirkliche Usus, sondern nur das Vermögen dazu wird erfordert), wird der Begriff von Besitz da ausgeschlossen, wo dies der Fall nicht ist, l. 3. §. 14. u. 15. D. 41. 2., sowie an Gegenständen, welche durch die Gesetze dem Verkehr entzogen sind, res divini juris, res omnium communes, res publicae, quae in publico usu habentur. Ein Schatz ist, selbst wenn ich weiß, wo er liegt, so lange nicht in meinem Besitz, als ich ihn nicht gehoben habe; l. 15. D. 10. 4. — l. 3. §. 3. l. 44. pr. D. 41. 2. Denn es fehlt an der custodia, durch welche die factische Gewalt über die Sache hergestellt werden kann.

[Ueber den Besitz an Kirchstühlen bemerkte das O.-A.-G. zu Darmstadt (s. Seuffert's Archiv XI. No. 272.), daß die Kirchstühle zwar zum Eigenthum der Kirche zu zählen, aber nicht als sacrae res

*) Ueber diese Materie dient weiter zur Vergleichung: Braun Erörter. zu Thibaut's System S. 302., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 49. 2c., Sintenis im civilist. Archiv. Bd. XX. S. 75., Puchta im R. Lex. Bd. II. S. 50., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 204. not. 2.

anzusehen seyen; es könnten daher auch Privaten daran ausschließliche Nutzungsrechte durch alle Erwerbsarten, namentlich auch durch Ersitzung erwerben, und Besitzklagen seyen zulässig. Böhmer Jus paroch. P. I. c. 2., Leyser Med. Sp. XXII. No. 4., Glück, Thl. II. S. 430 ff. Seuffert's Archiv VI. No. 240. Aehnlich sprach sich das genannte O.-A.-G. rücksichtlich des Besitzes eines Standes in einer Synagoge aus. — Zweifelhaft scheint in diesen Fällen, ob vera oder quasi possessio anzunehmen sey? Letztere Annahme hebt über die Mißlichkeit der Behauptung hinweg, daß Kirchstühle, die doch als Pertinenzen der Kirche gelten müssen und ihre Bedeutung nur durch die kirchliche Räumlichkeit empfangen, res in commercio seyen.]

§. 85.

3. Vom animus possidendi*), der bona fides und dem Einfluß des Irrthums.

1) Welchen Einfluß hat der Irrthum auf den animus possidendi? insbesondere beim Besitzerwerb durch einen procurator, falls dieser irrt, ich aber nicht irre, und umgekehrt?
2) Wenn aus Irrthum der Besitz auf einen Andern übertragen worden ist, dem er nicht gehört, dieser aber die Sache bereits ersessen hat, kann dann noch auf Wiederabtretung des Besitzes wirksam geklagt werden?
3) Wenn ich von einem Pupillen, den ich aus einem verzeihlichen Irrthum für mündig hielt, oder von einem Wahnsinnigen, den ich nicht dafür erkannte, etwas in Besitz erlangt habe, kann ich daran Usucapionsbesitz behaupten?
4) Wie verträgt sich bona fides mit Irrthum?
5) Muß der animus possidendi förmlich bewiesen werden?

Zu 1) Ein bloßer Irrthum in der Bezeichnung schadet nicht, wenn man nur über den Gegenstand einig ist; aber ohne über den

*) Zur Apprehension muß, wenn der Besitz erworben werden soll, immer der animus possidendi hinzukommen, so auch beim Stellvertreter. Bei juristischen Personen geschieht dies durch einen verfassungsmäßigen Beschluß. Wahnsinnige sind daher des Besitzerwerbs unfähig, inwieweit auch infantes, s. v. Savigny R. d. Bes. §. 21. S. 284 ff.

Gegenstand einig zu seyn, kann freilich der Besitz nicht erworben werden, errantis nulla voluntas est, s. Glück Thl. VIII. S. 120. Bei dem Erwerb durch einen Procurator schadet mir aber gleichwohl mein Irrthum nicht, wenn nur er nicht geirrt hat, und eben so wenig sein Irrthum, wenn ich nicht irre; l. 34. pr. §. 1. D. 41. 2.

Zu 2) Die Klage auf Wiederabtretung des Besitzes, und zwar condictio incerti, wobei es auf bona oder mala fides des Beklagten nicht ankommt, findet allerdings gegen Denjenigen, welcher die Sache indebite empfangen hat, statt, wenn er sie gleich so lange besessen hätte, als zu einer Verjährung gegen den wahren Eigenthümer erfordert wird, wenn z. B. der Besitz einer fremden Sache indebite wäre übertragen worden; l. 15. §. 1. D. 12. 6., Glück Thl. XIII. §. 835. S. 153.

Zu 3) Die l. 2. §. 16. D. 41. 4. entscheidet den zweiten Fall bejahend: Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse etc.; nicht so würde aber in dem Fall zu entscheiden seyn, wenn ich von einem Pupillen, den ich für mündig hielt, ohne Autorität des Tutors kaufte, denn die Pupillen sind bekanntlich gegen die Ersitzung durch das Gesetz geschützt; l. 48. pr. D. 41. 1. Die l. 9. C. 7. 26., welche sagt: eum, qui a pupillo sine tutoris auctoritate distrahente comparavit, nullum temporis spatium defendit, könnte man zwar auch nur von dem Fall verstehen, wenn ich wissentlich von einem Pupillen kaufte, wogegen im Fall des Nichtwissens meine bona fides die Ersitzung schützen dürfte, und zu dieser Ansicht gibt die l. 2. §. 15. D. 41. 4. Veranlassung, welche also lautet: Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicemus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione. Quodsi scias, pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu: quia juris error nulli prodest. Allein jedenfalls müßte hier ein verzeihlicher Irrthum vorausgesetzt werden, welcher im heutigen Recht nicht mehr anzunehmen, und bei unserer Beschaffenheit des Vormundschaftswesens nicht wohl denkbar ist. Hiernächst scheint aber auch die angeführte l. 2. §. 15. D. 41. 4. einen ganz andern Sinn zu haben und von einem andern Fall, nämlich wenn der Pupill eine fremde Sache verkaufte, verstanden werden zu müssen. Diese Erklärungsart des Pulvaeus ad L. Atin. c. ult. hat zuletzt auch Cujac. in Obs. 24. 14. angenommen, welcher früher, um einen richtigen Sinn darin zu finden, mit Jensius diese Stelle dahin emendiren wollte: ut hic plus sit in existimatione quam in re; s. Comm. ad. tit. D. de usurpat. Vergl. Unterholzner Verjährungslehre Thl. I. §. 36.

Zu 4) Bona fides, oder der Glaube, daß Niemand ein besseres Recht habe, die Sache zu besitzen, als ich selbst, s. l. 109. D. 50. 16. — l. 27. D. 18. 1. — l. 32. §. 1. D. 41. 3. — sowie auch mala fides, in welcher ich mich dann befinde, wenn ich weiß, daß ich die Sache zu besitzen nicht berechtigt bin, s. §. 35. J. 2. 1.— l. 38. D. 41. 3. — l. 2. pr. und §. 1. D. 41. 4. — l. 7. §. 17. D. 6. 2. — (conscientia rei alienae) ruht blos im innern Bewußtwerden, ist also rein subjectiv; die bona fides kann also wohl bestehen, wenn auch mein Glaube irrthümlich ist, denn l. 136. D. de R. J. (50. 17.) sagt: bona fides tantundem possessori praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est. Doch muß der Irrthum entschuldbar seyn.

Im Archiv für Civil- und Criminalr. der k. preuß. Rheinprovinzen Bd. XIV. S. 342. wird die Frage: ob Derjenige, welcher von seinem Miterben ein untheilbares Haus gekauft hat, deswegen, weil er wußte, daß dieses Haus in einem Rechtsstreit begriffen war, als Besitzer im bösen Glauben anzusehen sey, verneinend entschieden.

Zu 5) Wenn das factum apprehensionis einen sichern Schluß auf den animus sibi habendi gestattet, wie besonders in Verbindung mit der causa possessionis sich gewöhnlich manifestiren wird, so wird der animus per consequentiam angenommen. Ist aber das factum dubiae interpretationis, und läßt es sich aus verschiedenen Absichten erklären, so läßt Leyser Sp. 452. M. 2. den Imploranten zur Beeidigung des gehabten animus zu.

---

§. 86.

4. Causa possessionis und Wirkungen des Besitzes.

1) Was ist unter der causa possessionis zu verstehen, und welche Bedeutung hat die Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest?
2) Welches sind die rechtlichen Wirkungen des Besitzes?
3) Welche Vortheile knüpfen sich an den Besitz besonders im Proceß?
4) Befreit die pro possessore streitende Vermuthung auch den Besitzer einer Gerichtsbarkeit, dem Landesherrn gegenüber von der Darlegung seines Erwerbstitels? und findet überhaupt gegen den Landesherrn ein remedium possessorium statt?

Zu 1) Die causa possessionis ist der Thatumstand, auf welchen sich der animus rem sibi habendi gründet; s. Puchta Pand. §. 124., Arndts Lehrb. d. Pand. §. 136. Anm. 1.

Der Grundsatz: nemo sibi ipse etc. hatte nach v. Savigny a. a. O. §. 7. seine wesentliche Beziehung auf die ehemalige lucrativa usucapio, d. i. diejenige usucapio pro herede, welche gar keine Redlichkeit des Besitzes voraussetzte und kürzere Zeit erforderte, s. Gajus II. §. 52. cf. l. 2. §. 1. D. pro herede (41. 5.) l. 33. §. 1. D. de U. et U. (41. 3.) Es ist also damit gesagt, daß, wer einmal aus einem besondern Grund zu besitzen angefangen hatte, diesen Besitz nicht willkürlich und mit dem Bewußtseyn der Unrechtmäßigkeit in eine possessio pro herede solle verwandeln können; Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 100. hält diese Vorschrift h. z. T. für entbehrlich, weil die lucrativa possessio nicht weiter im Gebrauche ist; sie kommt jedoch in den Gesetzen in mehreren Fällen in dem Sinne vor, welcher bisher eine fremde Sache aus einem nicht zum juristischen Besitz geeigneten Grund inne hatte, diese nicht durch seinen bloßen Vorsatz allein in einen juristischen Besitz solle verwandeln können; Gesterding in der Ausbeute ꝛc. Th. V. Abth. 2. S. 62. sagt daher von dieser Regel nicht ohne Grund: „es mag wohl seyn, daß sie ganz besonders bei der poss. pro herede zur Sprache kam, oder diese gar zur Aufstellung derselben die erste Gelegenheit gab, aber daß sie sich auf sie allein beziehe, läßt der allgemein geltende Inhalt und der für alle Fälle des Besitzes gemeinschaftliche Grund nicht annehmen." Auch ist diese Regel selbst im neuesten R. R. als noch jetzt giltig gegeben, s. l. 5. C. 7. 32. Mehrere Rechtsgelehrte räumen deshalb der angeführten Regel noch h. z. T. eine ausgedehnte praktische Wichtigkeit ein, s. Pfeiffer in der Abh.: was ist und gilt im R. R. der Besitz? §. 14. bezüglich l. 1. §. 2. D. 41. 6. l. 10. D. 5. 4. l. 2. §. 21. D. 41. 4., Schilling Lehrb. f. Inst. u. Gesch. des röm. Privatr. Bd. II. §. 140. not. t. Vergl. Schroeter de antiqua juris regula, neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse, in Obs. jur. civ. Abh. 4. cap. 3. Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare uon posse, toties verum est, quoties quis sciret, se bona fide non possidere, et *lucri faciendi causa* inciperet possidere, l. 33. §. 1. D. 41. 3. — l. 2. §. 1. u. 2. D. 41. 5. — l. 5. C. 7. 32. — l. 23. C. 4. 65. — l. 3. §. 4. u. 19. l. 18. pr. D. 41. 2. — l. 22. pr. D. 43. 26.*) Damit stehen diejenigen Gesetze in Verbindung, welche

*) Thibaut im System des P.-R. §. 220. wendet den Grundsatz auf den Besitz durch eine Mittelsperson an. Diese kann nämlich sich selbst durch

die gedachte Regel für unanwendbar in solchen Fällen erklären, wo an die Stelle der früheren eine andere giltige causa wirklich getreten ist; l. 19. §. 1. D. 41. 2. — l. 33. §. 1. D. 41. 3. — l. 2. § ult. l. 3. D. 41. 4. — l. 1. §. 2. D. 41. 6. — l. 3. §. 20. D. 41. 2. — l. 6. §. 3. D. 43. 26. oder auch, wenn der Besitzer die Beschaffenheit seines Besitzes selbst verschlimmert, z. B. den Usucapionsbesitz an einen Andern überträgt, und sofort nur precario besitzt; l. 18. D. 41. 2. Vergl. Keller Pand. §. 119.

Zu 2) Schon anfänglich haben wir bemerkt, daß Schutz im Besitz (durch Interdicte) als die nächste und allgemeinste, unter besonderen Bedingungen aber Usucapion oder Erwerbung der Sache durch fortgesetzten Besitz, als vorzügliche Wirkung des Besitzes erscheint.

Diese beiden Wirkungen begreift man gewöhnlich unter dem jus possessionis. Als Folge des mit dem Besitz verbundenen prätorischen Eigenthums s. v. Savigny R. d. B. §. 3. ist zu bemerken: wer eine — wenn gleich fremde — Sache so besitzt, daß er sie für sein Eigenthum hält, und aus einem juristischen Grund dafür halten muß (bona fide et justa causa), erwirbt an den Früchten, sowohl natürlichen als industriellen, das Eigenthum nach l. 3. §. 22. D. 41. 2. — l. 25. §. 1. D. 22. 1. — l. 48. D. 41. 1. durch die bloße Separation.*)

---

den bloßen Entschluß den Besitz der Sache nicht anmaßen (nemo causam possessionis ipse sibi mutare potest), sondern nur durch facta z. B. bei Immobilien durch Entsetzung des Principals, bei Mobilien durch Ergreifen der Sache in diebischer Absicht.

*) Dies kann als die herrschende Lehre unter den Neueren bezeichnet werden. Ueber die mannichfaltigen wissenschaftlichen Streitfragen über die Beschaffenheit des Rechts, welches die b. f. possessio an den Früchten gewährt, welche zu weit von dem Zweck des gegenwärtigen Werks abführen würden, verweisen wir auf v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 326. Anm. 2. No. 2. und die dort angeführte Literatur, ferner Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 241. u. Sintenis pr. Civilr. Bd. I. §. 41. not. 23. §. 49. not. 29., wobei übrigens nicht unbemerkt bleiben darf, daß die deutschen Rechtsansichten von den römischen Grundsätzen über den Fruchterwerb häufig abweichen, s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. §. 165. [Heimbach, Lehre v. d. Frucht, S. 295 ff. Janke, d. Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers (Erlangen 1862) S. 1—3. 169—185. Letzterer bemerkt auf S. 173: „So müssen wir denn die Lehre v. Fruchtrechte des redlichen Besitzers für das heutige gemeine Civilrecht dahin präcisiren, daß der redliche Besitzer eines fremden Grundstücks auch das Eigenthum der Früchte desselben erwirbt, und die Nutzungen und Geburten von fremden Thieren sofort und zwar zu unwiderruflichem Eigenthum erlangt, daß er aber nicht mehr, wie im Justin. R., erst von der Streiteinlassung ab, sondern für das (durch die Canonische Bestimmung der bona fides continuata modificirte) heutige Recht schon von

Dieses Eigenthum ist aber nur ein interimistisches, nämlich durch die vindicatio widerruflich, gibt ihm jedoch, wie jedes andere Eigenthum ein Recht auf Consumtion der Früchte; s. Mackeldey Lehrb., durchgesehen und mit vielen Anmerkungen und Zusätzen bereichert von Dr. Roßhirt Bd. II. §. 266. Er muß aber auch bei der Perception in bona fide gewesen seyn; verendum, ne non sit b. f. possessor, quamvis capiat, l. 48. §. 1. D. 41. 1., Glück Thl. VIII. S. 271. not. 90. was besonders nach canonischem Recht nicht zu bezweifeln ist.

Zu 3) In pari causa melior est conditio possidentis; — selbst wenn etwas aus einer schändlichen Ursache gegeben und empfangen wurde, heißt es: in pari turpitudine dantis et accipientis, possessoris conditio melior est. c. 3. X. de prob. l. 2. C. 4. 7.

Der Besitzer ist nicht schuldig, den Titel seines Besitzes zu ediren, wenn nicht ein von den Gesetzen anerkanntes Interesse obwaltet, den Titel zu wissen; l. fin. C. 3. 32. — oder ihm eine Rechtspräsumtion entgegensteht: possessor, quatenus ei praesumtio juris communis resistit, titulum edere tenetur, s. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Abth. 2. S. 643. Der Besitzer ist frei vom Beweis: l. 4. C. 2. 1. — l. ult. C. 3. 32. — §. 4. J. 4. 15. wenn nicht eine gegentheilige stärkere Vermuthung die für den Besitzer streitende Vermuthung überwiegt*), und siegt bei gleicher Stärke der Beweise.

Ein fehlerfreier Besitz wirkt das Retentionsrecht.

Wer in gutem Glauben besitzt, braucht nicht für Verschlimmerungen der Sache Vergütung zu leisten; l. 25. §. 11. l. 31. §. 3. D. 5. 3.

---

dem Augenblick der überzeugenden Kenntniß von dem Eigenthum eines Anderen ab als unredlicher Besitzer betrachtet wird und daher die in diesem letzteren Momente noch in der Natur vorhandenen Früchte gegen Ersatz der Verwendungen und von da ab alle Früchte herausgeben muß, und ferner die bis zu diesem Augenblick gewonnenen Nutzungen und Geburten von Thieren, auch wenn dieselben bei ihm noch unverbraucht oder unverzehrt vorhanden, gleichwohl unentziehbar im Eigenthum behält, von da ab aber alle Geburten und Früchte solcher Thiere dem Eigenthümer zufallen." Ueber den eigentlichen Rechtsgrund dieses Eigenthumserwerbs vergl. Marezoll Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XVIII. S. 230 ff., Windscheid ebendas. N. F. Bd. IV. S. 55 ff. — Dazu v. Keller, Pandekten ed. Friedberg, §. 143.]

*) Ueber die Frage: ob bei der Negatorienklage der Beklagte von der ihm regelmäßig aufliegenden Last des Beweises der von ihm behaupteten Servitut wenigstens dann frei werde, wenn er sich im Besitz derselben befindet, s. Kap. III. v. d. Servituten u. den Rechtsmitteln bezüglich derselben.

Der unvordenkliche Besitz gilt statt rechtlichen Titels.

Der Besitz unbeweglicher Güter befreit von Proceßcautionen (diesem Satz liegt indessen nicht eigentlich der Begriff von Besitz, sondern von Eigenthum [Besitzung, Grundbesitz] zu Grunde).

Zu 4) Den unvordenklichen Besitz ausgenommen, wird diese Frage von den meisten Rechtsgelehrten verneint, weil bei einem nur durch landesherrliche Concessionen zu erlangenden Recht die stärkere Vermuthung für den Landesherrn streitet: C. 9. X. de probat. — C. 7. de privileg. in VIto., Stryck D. de jure familiarit. Cap. III. no. 9., Hert D. de quasi possidente probante. Sect. II. §. 7. — wobei sich jedoch von selbst versteht, daß die Entziehung des Besitzes durch einseitige Regierungshandlungen nicht giltig geschehen könne, indem der Gegenstand allerdings eine Justizsache ist; Glück Thl. III. §. 189. in fin., vergl. v. Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Th. II. S. 248., über die Frage: inwiefern der jüngste Besitz gegen den Landesherrn geltend gemacht werden könne? Der Verf. nimmt gegen Kind Qu. for. cap. 45., welcher die Zulässigkeit des poss. summar. ordinarii contra Principem leugnet, vielmehr mit Beziehung auf Gönner Handb. des gem. deutsch. Proc. Th. IV. S. 456. und Strube Nebenstunden Th. V. Abh. 34. an: „der jüngste Besitz kann auch bei Hoheitsrechten gegen den Landesherrn geltend gemacht werden, insofern und insoweit sie nach der Verfassung des Landes, nach der Beschaffenheit der Personen und nach der Art der Besitzungen in den Händen von Privatpersonen seyn können.“ Um so mehr wird die Zulässigkeit des poss. ordinarii unter diesen Bedingungen gerechtfertigt; s. Danz summarische Processe S. 74., Goeckel D. possessorium summarium an et quatenus adversus Principem subditis possit institui. Erlang. 1798.

---

§. 87.

5. Qualification des Besitzes.

1) Ist jeder Besitz ein heimlicher zu nennen, welcher geheim ausgeübt wird?

1a) Muß die Fehlerfreiheit oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes bewiesen werden?

2) Da der Besitzer auch Gewalt zur Aufrechthaltung seines Besitzes gebrauchen darf, so fragt sich, wann eigentlich der Besitz durch angewandte Gewalt fehlerhaft wird?

3) Ist der Besitz als precario concedirt zu betrachten, wenn der Besitzer einer Durchfahrt oder seine Leute sich gewöhnlich vom Eigenthümer des Wegs den Schlüssel zur Oeffnung des von ihm angelegten Schlagbaums oder Thores erbeten haben?
4) Kann auch an einem öffentlichen Weg von Einzelnen, welche ihn in ihrem Privatinteresse als Privatweg benützen, ein Privatbesitz erlangt und dessen Schutz im Weg des Civilprocesses gesucht werden?
5) Was wird erfordert, wenn es darauf ankommt, eine fortdauernde Ausübung des Besitzes darzuthun?

Zu 1) Nein; sondern nur dann, wenn man ihn heimlich angefangen hat; non enim ratio obtinendae, sed origo nanciscendae possessionis exquirenda est. Daher wird der Besitz dadurch, daß man ihn nach der Erwerbung erst zu verheimlichen anfängt, nicht clandestina possessio im juristischen Sinn, und eben so wenig wird umgekehrt ein heimlich angefangener Besitz dadurch von seinem vitium geheilt, daß der Besitzer in der Folge dem Andern, gegen welchen er ihn anfangs verheimlichte, denselben kundgibt; l. 40. §. 2. l. 6. pr. D. 41. 2., Hartitzsch Entscheidungen pract. Rechtsfragen no. 61. S. 54. Dagegen kann wohl die l. 4. pr. D. 41. 10. nicht in Betracht kommen. Hier behauptet zwar Pomponius gegen Trebatius das Gegentheil; allein wenn man dies auch nicht als eine blos singuläre Meinung desselben zu betrachten hätte, da sie vor und nach ihm keine Anhänger gefunden hat, so steht doch auch die Singularität des Falles einer weitern Anwendung entgegen. Es ist hier nämlich von dem Besitz des Kindes einer gestohlenen Sclavin die Rede, welche selbst der Ersitzung ganz entzogen war, wie denn überhaupt das besondere Recht in Ansehung der ancilla furtiva viel Abweichendes hat; s. v. Savigny Recht des Besitzes §. 41., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 123.

Zu 1 a) Die Abwesenheit der Besitzfehler muß, so viel auch über l. 10. D. 8. 5. gestritten worden (s. Archiv f. civilist. Praxis Bd. IV. S. 89., Unterholzner Verjährung Bd. II. §. 216., Hasse Rhein. Mus. Bd. II. S. 394., Weber Beweisführung ed. Heffter S. 283.) insbesondere auch nach Sächsischer Praxis, bis Der, welcher solche hauptet, sie erweist, vermuthet werden, s. Erk. d. O.-A.-G. in Dresden in Ackermann's Rechtsf. N. F. I. S. 144. Eben so das O.-A.-G.

in Cassel in mehreren Urtheilen, s. Strippelmann Entsch. Bd. VII. S. 359, und das O.-A.-G. zu Celle, s. Seuffert's Archiv X. No. 73.

Zu 2) Es hat damit gleiche Bewandtniß; der Besitz unterliegt daher auch in dieser Beziehung einer Vitiosität nur dann, wenn man ihn mit Gewalt erlangt hat, l. 1. §. 27. u. 28. D. 43 16. — oder wenn man ihn zuvor heimlich erlangt, und den zurückkehrenden Eigenthümer mit Gewalt abgetrieben hat; l. 6. D. 41. 2.

Zu 3) Die Eigenschaft einer Wegegerechtigkeit kann wohl damit bestehen, daß der Eigenthümer des praedium serviens zur Versicherung seines Eigenthums den Weg verschließbar gemacht hat und von ihm immer der Schlüssel abgefordert werden muß, wenn der Servitutberechtigte durchfahren will. Der Servitutinhaber ist deshalb auch einen eigenen Schlüssel zu fordern noch keineswegs berechtigt, wenn die Servitut nicht auf diese Weise constituirt war, daß auch ihm das Schließungsrecht zustehen soll; s. Seuffert und Glück's Blätter für Rechtsanwendung Bd. VI. S. 353.

Auch kann, falls der Servitutinhaber oder seine Leute jederzeit unter bittenden Aeußerungen den Schlüssel zur Durchfahrt sich haben geben lassen, dieses wohl noch nicht für ein precarium entscheiden, wenn sich nicht Umstände hervorthun, welche den fort und fort geübten Besitz als die bloße Gewährung von Bitten bezeichnen. Das Appellationsgericht zu Leipzig hat in einem in Kritz Sammlung von Rechtsfällen Bd. I. S. 183. angeführten Erkenntniß den Negatorienkläger zum Erfüllungseid darüber zugelassen, daß während des in Frage gestellten temporis praescripti der Beklagte sich ein oder mehrere Male die Erlaubniß erbeten habe, auf dem streitigen Wege zu fahren. — Indessen möchte bei dem fortgesetzten Gebrauch weniger auf das Bitten, als auf eine erweislich beliebige Widerruflichkeit zu sehen seyn; Curtius Handbuch des im Königreich Sachsen geltenden Civilrechts §. 443. not. 6. Th. II. pag. 31., Kritz a. a. O. wenn gleich das precario rogare nach l. 2. §. 3. l. 3. D. de precario (43. 26.) bei der Entstehung der Servitut entscheidend über ihre Eigenschaft ist. *)

*) Ausgenommen den Fall eines eigentlichen Vertrags, denn da heißt es: quae ab initio fuerunt voluntatis, post promissionem fiunt necessitatis. l. 5. C. 4. 10. — Ein acceptirtes Versprechen ist eben so unwiderruflich, wenn es gleich freiwillig und auf Bitten des Andern und nicht auf einen Rechtsgrund hin eingegangen ist. Der Promittent müßte sich den Widerruf ausdrücklich vorbehalten. Leyser Spec. 10. M. 4; Lynker D. de bene placito; Vogel D. de precario §. 18. Goett. 1786.

Zu 4) In den praktischen Erörterungen von v. Langenn und Kori Bd. I. S. 229. (2. Aufl.) wird dies behauptet; allein in den dafür angeführten Gesetzen l. 1. D. 43. 7. — l. 2. §. 2. D. 43. 8. wird wohl die Anrufung des obrigkeitlichen Schutzes im Gebrauch der res publica, nirgends aber die Anstellung des Civilprocesses gestattet und in l. 2. cit. ist sogar ausdrücklich gesagt: loca publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque. Ein öffentlicher Weg kann, weil eben dessen Gebrauch nur im Interesse der Oeffentlichkeit dem Einzelnen gestattet wird, niemals von dem Einzelnen in der Eigenschaft als Privatweg benützt und besessen werden; l. 25. D. 8. 6. — C. F. Günther Obs. pragm. cap. I. Streitigkeiten Einzelner über den gestörten Gebrauch öffentlicher Wege sind, als rein polizeilicher Art, im Wege des Administrativ-Verfahrens von den Administrativ-Behörden zu verhandeln, wenn schon die Anstellung des Civilprocesses für den Fall offen bleiben muß, daß der Einzelne durch die Behinderung seines Gebrauchs Schaden an seinem Vermögen erlitten hat, und dessen Ersatz von dem Behinderer fordert. Vergl. W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen S. 475.

Es kommt nicht selten vor, daß der Staat oder eine Gemeinde den öffentlichen Weg höher oder tiefer legt, wodurch den anliegenden Hausbesitzern die Anknüpfung ihrer Verbindung mit demselben entweder unmöglich oder durch einen beträchtlichen Kostenaufwand beschwert wird. — Verschiedene Erkenntnisse in Ansehung der Frage, ob der Staat oder die Commune dem dadurch benachtheiligten Privaten Entschädigung zu gewähren verbunden sey? s. in Elvers Archiv Bd. II. H. 2. S. 304. Die ohne Zweifel richtigere Ansicht geht jedoch dahin, daß diesfalls der Staat oder die Commune dem Anlieger eine practicable Einfahrt prästiren müsse. Die Ertheilung der Bauconcession an den Bauenden ist ein Act, der diesem nicht blos Verbindlichkeiten auflegt, sondern auch außer der Befugniß zum Bauen Rechte gewährt. Der Bauende ist verpflichtet, nach der ihm ertheilten Vorschrift zu bauen, aber er erlangt dadurch auch das Recht auf die wesentlichen Bedingungen zum Gebrauch des Hauses und der Hofraith, sowie darauf, von dem Staat nicht gestört zu werden; s. Elvers a. a. O., Klüber öffentl. Recht §. 552. Auch Seuffert im Pandectenrecht §. 422. entscheidet sich für die Zulässigkeit des interd. ne quid in loco publ. gegen Anlagen einer Behörde in publico, welche einen Privaten benachtheiligen.

Zu 5) Man pflegt diese bis zum Beweis des Gegentheils aus

einem ersten, mittleren und letzten Act zu schließen; Schweppe röm. Privatr. Th. II. §. 223. no. 5., Kind Qu. for. l. 60. Specielle Bestimmungen bei einzelnen Interdicten für jurium quasi possessio s. §. 89. Fr. 3. u. 4.

---

§. 88.

6. Uebergang und Verlust des Besitzes.

1) Geht der Besitz auf den heres suus ipso jure, und auf den heres extraneus durch die Erbschaftsantretung von selbst über?
2) Wird der Besitz nur so, wie er erworben wird, auch verloren, wie es nach l. 153. D. 50. 17. scheint: ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum?
3) Wird der Besitz auch durch Umwandlung der Sache in eine neue Gestalt verloren?
3 a) [Wird durch Vereinigung mehrer Grundstücke zu einem Ganzen der Besitz eines jeden einzelnen derselben ausgeschlossen?]
4) Geht mir der Besitz verloren, wenn ich die Sache nicht mehr finden kann? oder auch durch gänzliches Vergessen derselben, oder dadurch, daß ich sie mit Bewußtseyn unbenützt, und, wenn sie der Cultur bedarf, unangebaut lasse?
5) Können Kinder oder Wahnsinnige den Besitz verlieren?
6) Wie kann der Besitz durch Stellvertreter verloren gehen? Kann insonderheit ihre Untreue dies bewirken?
7) Wie gestaltet sich der Grundsatz, daß man den Besitz sowohl animo als corpore verlieren kann, in seiner Anwendung auf den Quasibesitz unkörperlicher Rechte?

Zu 1) Nein; mit dem Tod endigt sich der Besitz, die hereditas jacens ist nicht willensfähig, mithin ist dieses fingirte Rechtssubject auch nicht fähig zu besitzen. Die Erbschaftsantretung begründet blos den Rechtserwerb, aber keinen Besitz, l. 23. D. 41. 2. — l. 1. §. 15. D. 47. 4. — Der Erbe muß ihn erst durch Ergreifung

erlangen;*) dann kommt dem Erben aber auch für die Zwischenzeit vom Anfall bis zur Besitznahme der Erbschaft accessio possessionis zu statten; l. 31. §. 5. D. 41. 3. — sowie er sich auch die Besitzhandlungen des Erblassers zurechnen kann. Selbst sui heredes bedürfen der Apprehension; l. 23. pr. l. 30. §. 5. D. 41. 2. — l. 1. §. 15. D. 47. 4. — Auch durch den Pachter oder einen andern Stellvertreter kann der Besitz nicht fortgesetzt werden, sondern der Erbe muß mit diesem erst eine neue Handlung vornehmen; l. 30. §. 5. D. 41. 2. — v. Savigny a. a. O. S. 361. doch kommt dem Erben zur Usucapion auch der inzwischen durch den colonus ausgeübte Besitz zu statten, l. 30. §. 5. D. 41. 2. — l. 44. §. 3. D. 41. 3. wenn dieser mit keinem vitium behaftet war; l. 11. D. 44. 3. — s. übrigens von der accessio possessionis in der Usucapionslehre Kap. II. §. 106.

---

*) Irrig ist es ohne Zweifel, wenn Pfeiffer in den prakt. Ausf. Thl. I. no. 15. gegen v. Savigny behauptet: Nur in Ansehung des Naturalbesitzes sey eine körperliche Apprehension nöthig, und davon spreche die l. 23. D. 41. 2. allein; dagegen zum Besitz im rechtlichen Sinne nicht, nach l. 30. pr. D. 4. 6. Dagegen bemerkt unter Beleuchtung der einschlägigen Gesetzesstellen Duncker in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 116. mit Recht, daß die l. 30. pr. sich nur auf die Usucapion bezieht, und eine Trennung des juristischen und factischen Elements des Besitzes, wie Pfeiffer versucht, sich aus den klarsten Zeugnissen unserer Rechtsquellen als durchaus unstatthaft ergibt. Um so weniger ist es zu vertheidigen, wenn Pfeiffer a. a. O. sogar den Besitz der Lehen eines Verstorbenen nebst den Allodialstücken ipso jure auf den Landerben übergehen läßt. Die Eigenthümlichkeit des Lehensverhältnisses konnte wohl eher umgekehrt die Meinung veranlassen, daß das Lehen auf den Lehenserben ipso jure, also ohne der Apprehension zu bedürfen, in Besitz übergehe, s. d. Glosse zu II. F. §. ult.; jedoch ist schon von Tiraquell P. 1. Decl. 4. no. 2. bemerkt, daß die Glosse nichts weiter sage als: der Lehensfolger erwerbe das Recht an Lehen ipso jure, daß über den Besitzerwerb aber nichts darin enthalten ist. — Daß eine deutsch-rechtliche Gewohnheit dafür entscheiden soll, daß wenigstens auf die Intestaterben der Besitz ipso jure übergehe, wie Schilter in Exercit. ad Pand. Ex. 15. §. 11—15. behauptet, widerlegt sich aus aus den Erkenntnissen des vormaligen Reichskammergerichts, s. Mynsinger Cent. 3. obs. 38. Gaill II. obs. 129., sowie auch die für die Lehensfolge noch geltende Regel des altdeutschen Erbrechts: „der Todte erbt den Lebendigen" nur den ipso jure vor sich gehenden Erwerb des Rechts am Lehen bezeichnet; s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 337. not. c. und §. 353. Unzweifelhaft ist übrigens, daß, wenn ein Interdict durch die schon bei Lebzeiten des Besitzers vorgekommene Störung begründet war, das Recht der Klage auf den Erben übergehe, desgleichen daß dem Erben, wenn an den zur hereditas jacens gehörigen Sachen von einem Dritten Besitz erworben wurde, das interd. quorum bonorum gegen den zusteht, welcher pro herede oder pro possessore besitzt, sowie das interd. quod legatorum gegen den Legatar.

Zu 2) Es ist durch die Uebereinstimmung aller andern Gesetzesstellen außer Zweifel gesetzt, daß nach v. Savigny's Erklärung der lex. cit. s. Recht des Besitzes §. 30. und der ein Fragment derselben enthaltenden l. 8. D. 41. 2. das Wort uterque oder utrumque, welches den Auslegern so viel zu schaffen gemacht hat, nur so viel sagen will: tertium non datur, und der Nachdruck nicht auf das utrumque, sondern auf das in contrarium zu legen ist, wobei nicht entschieden werden wollte, ob corpus oder animus copulativ oder alternativ wegfallen; s. Schweppe röm. Privatr. Th. II. §. 221. Nicht immer nämlich bezieht sich der Ausdruck utrumque auf das Verbundenseyn zweier Begriffe, er wird gleich unserm deutschen „beides" auch so gebraucht, daß er nur überhaupt ein zweifaches bezeichnet und es unbestimmt läßt, ob dieses Zweifache verbunden oder getrennt zu denken sey; Paulus wollte a. a. O. nur ganz im Allgemeinen so viel sagen: wie der Besitz nur durch ein Zwiefaches erworben wird, so geht er auch nur durch das Gegentheil jenes Zwiefachen verloren. Auf Erörterung der Frage, worin das Gegentheil bestehe? läßt sich Paulus hier nicht ein; Brinkmann in der wissenschaftlich praktischen Rechtskunde Bd. I. S. 58. versteht, um jenen Anstoß zu heben, die in der Frage citirte l. 153. D. 50. 17. nur vom tradirten Besitze. Der Tradent verliert allerdings den Besitz nicht anders, als wenn er animo et corpore aufgehört hat, zu besitzen. Vergl. dazu Lenz R. d. Besitzes, S. 215 ff. Solo animo wird übrigens der Besitz nur durch ein dem ursprünglichen Willen entgegengesetztes Wollen verloren; possessio recedit, ut quisque constituit nolle possidere; l. 17. §. 1. l. 34. pr. D. 41. 2. — Solo corpore kann zwar der Besitz durch jede Begebenheit verloren gehen, durch welche meine physische Herrschaft über die Sache gänzlich aufgehoben ist, §. 5. J. 4. 15. — l. 3. §. 7. und 13. l. 25. §. 2. D. 41. 2. — l. 4. C. 7. 32; aber dabei bleibt, wenn der animus possidendi fortdauert, dennoch diesem, als der eigentlichen Grundlage des Besitzes, auch der Besitzschutz gegen Denjenigen, welcher das corpus possessionis ohne die rechtliche Grundlage hat. Hiernächst ist noch zu beachten:

a) es muß, um mich des Besitzes verlustig zu machen, eine fremde Person seyn, welche sie mir unterschlägt; denn ist die Person selbst in meiner Gewalt, so bleibt durch sie ja auch die Sache unverändert darin; l. 15. l. 40. pr. D. 41. 2. —

b) auch kann an der fremden Person, welcher ich die Sache anvertraut habe, welche sie nun sich zueignen will, nicht ihre bloße

Sinnesänderung schon bewirken, daß ich meinen Besitz verliere, sondern es muß noch eine äußerliche Thatsache, ein Wegbringen vom Ort, ein Verbergen oder Wegschaffen hinzukommen (furtum, contrectatio). So lange ich die Detention durch einen Andern ausüben lasse, kann mir auch das factum possessionis nicht entgehen, nam possidet, cujus nomine possidetur; l. 18. pr. D. 41. 2.

Solo corpore kann der Besitz ferner verloren gehen, wenn zahme Thiere sich verirren, oder wilde Thiere aus unserer Gewahrsam entrinnen, oder zahm gemachte Thiere die Gewohnheit des Wiederkehrens ablegen; l. 3. §. 13. D. 41. 2. — §. 12. J. 2. 1. — l. 3. §. 2. l. 4. l. 5. pr. §. 4. u. 5. D. 41. 1. — ferner durch den Untergang der Sache in Folge von Naturereignissen, oder wenn durch Gesetze die Sache von nun an dem Verkehr entzogen wird, oder wenn sie an einen uns unzugänglichen oder unbekannten Ort geräth; l. 13. pr. l. 25. pr. D. 41. 2. — An unbeweglichen Sachen geht mir, wenn ich durch physische Gewalt von einem Andern verhindert werde, den fundus zu begehen, oder auf irgend eine Weise mir alle Freiheit in der Behandlung der Sache benommen ist, der Besitz gleichfalls solo corpore verloren, l. 5. D. 41. 3. — l. 1. §. 24. u. 47. l. 3. §. 8. D. 43. 16. — doch nur dann, wenn ich nicht unmittelbar darauf durch entgegengesetzte Gewalt mich desselben wieder bemächtige; l. 1. §. 29. l. 3. §. 9. l. 17. D. 43. 16. denn sofortige Wiederbemächtigung gilt noch eben so als nothwendige Vertheidigung, wie wenn ich in continenti ein auf meinem Eigenthum vom Andern angelegtes Werk zerstöre; l. 7. §. 3. l. 20. §. 1. l. 22. §. 2. D. 43. 24. — l. 29. §. 1. D. 9. 2. — l. 27. pr. D. 8. 2. — l. 3. §. 9. D. 43. 16.*), Glück Thl. X. §. 668. S. 75. Lenz, R. d. Besitzes, S. 240 ff. — Damit steht in Verbindung, was die Gesetze zum Schutz eines Abwesenden verordnen. Dieser soll nämlich auch durch das blos eigenmächtige Eindrängen eines Andern den Besitz so lange nicht verlieren, als er durch erlangte Kunde nicht in den Stand gesetzt war, den Eingedrungenen zurückzutreiben, l. 46. D. 41. 2. l. 18. §. 3. 4. eod. Da ist also die physische Unmöglichkeit, meine physische Herrschaft über das unbewegliche Gut beliebig zu reproduciren, nicht hinreichend, den Besitz zu entziehen, so lange sie nicht zu meinem

---

*) Anders ist es freilich beim protectum, jedoch aus einem ganz natürlichen Grund; interest enim quod hic in *suo* protexit, ille in alieno. l. 29. §. 1. D. 9. 2.

Bewußtseyn gekommen ist. Habe ich aber Wissenschaft erlangt, und unterlasse die Dejection des eingedrungenen Fremden, dann habe ich den Besitz von der Zeit der erlangten Wissenschaft an verloren; l. 5. D. 41. 3. — l. 1. §. 24. u. 47. l. 3. §. 8. D. 43. 16. — eben so auch, wenn ich mein Grundstück aus Furcht vor einer bevorstehenden — nicht blos irrig vorgestellten — Gewalt verlasse, l. 1. §. 20. l. 3. §. 6. 7. 8. D. 41. 2. — l. 33. §. 2. D. 41. 3. — l. 9. pr. D. 4. 2. — Metus praesens qualificirt, wenn der Drohende wirklich occupirt hat; zum interdict. unde vi, außerdem zur actio quod metus causa gegen den Occupanten; l. 1. §. 29. D. 43. 16. — l. 9. pr. D. 4. 2. — Neustetel und Zimmern römisch=recht. Untersuchungen Bd. I. S. 134, v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 207. not. 2. [Schon Bruns Jahrb. f. deutsches Recht IV. S. 47. hatte den Satz v. Savigny's (R. d. Bes. S. 200. und 435.), daß bis zur Benachrichtigung des Eigenthümers kein Occupant Besitz erwerben könne, für bedenklich erklärt; H. Witte i. d. Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. XVIII. S. 249 ff. führt genauer aus: Der Besitz könne nur so lange als fortgesetzt in der Person des ignorans dominus angesehen werden, als das Grundstück noch in den Händen eines vitiösen Besitzers ist; sobald es Jemand erwerbe, gegen den nicht Gewalt angewendet werden kann, sei der Besitz corpore verloren; dann komme es auf den animus des früheren Besitzers nicht an, weil das Gegentheil der faktischen Herrschaft allein schon genüge, den Besitz zu vernichten. Heimlich sei aber auch der Besitz, welcher durch ein Geschäft mit dem ersten Occupanten im Bewußtseyn der Unrechtmäßigkeit erworben ist, weil auch auf ihn die Definition der clandestina possessio in l. 6. pr. D. 41. 2. passe. Unter allen Umständen aber sei der Occupant jedem Dritten gegenüber Besitzer und mit den Interdikten zu schützen.]

Zuweilen kann bei der Frage über den Besitzstand auch die Polizei mit der Justizbehörde zusammenstoßen. Z. B. A. setzt seinen Zaun auf dem ihm angeblich eigenthümlichen Boden weiter vorwärts; der Nachbar B., welcher unter demselben einen Keller hat, beschwert sich bei der Polizeibehörde und bewirkt die Zurücksetzung des Zauns auf die vorige Stelle. A. klagt nun gegen B. und gegen die Polizeibehörde, in seinem Besitz des Grund und Bodens spoliirt zu seyn. Er mußte aber abgewiesen werden, sowohl in der Klagsrichtung gegen die Polizeistelle, weil diese in ihren Grenzen gehandelt hatte und nur ihrer Oberbehörde verantwortlich war, als gegen den B., weil dieser nur durch Hülfe der Polizei nach der Feldgerichtsordnung die

Wiederherstellung des vorigen Standes bewirkt hatte; s. Zu-Rhein und Sartorius Samml. merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 49.

Uebrigens muß man den in Beziehung auf Usucapion bedeutsamen Unterschied zwischen Turbation des Besitzes und Dejection wohl beobachten. Solche Unterbrechungen, bei welchen die Möglichkeit fortbesteht, die physische Herrschaft nach Willkür zu reproduciren, bewirken nicht den Verlust des Besitzes.

Zu 3) Allerdings, s. l. 30. §. 4. D. 41. 2.; so auch, wenn eine zusammengesetzte Sache in einzelne Theile zerlegt wird, fängt an diesen ein neuer Besitz an; l. 23. §. 2. D. 41. 3.

Zu 3 a) [Zwei früher abgesondert bestandene Wohnungen waren zu Einem Wohnhaus vereinigt worden. Das Obergericht nahm an, daß diese Verbindung beider Immobilien nicht allein die Unterbrechung der Ersitzung zur Folge habe, sondern selbst die Fortdauer des Besitzes und Eigenthums an dem vereinigten halben Hause durch dessen Aufhören als selbständiges Ganze rechtlich unmöglich mache. Dagegen machte das O.-A.-G. zu Cassel (s. Seuffert's Archiv XI. No. 210.) auf den Unterschied dieses Falles sowohl von der Verbindung einer Mobilie mit einer Immobilie, als auch von dem Uebereinanderbau mehrer Stockwerke aufmerksam und nahm an, daß durch die Verbindung mehrer auf eignen Grundflächen ruhenden Häuserhälften keine Verschmelzung zu einem neuen Ganzen bewirkt, folglich deren Einzelbesitz nicht aufgehoben und die Ersitzung nicht unterbrochen werde. Vergl. l. 7. §. 1. D. 41. 4. Unterholzner Verjährungslehre, Bd. I. §. 49. S. 155. der 2. Aufl.]

Zu 4) Es kommt hier nur überall darauf an, ob sich die Sache noch in meinem Gewahrsam befindet. Ist sie z. B. wirklich noch in meinem Hause, so hebt meine Gedächnißschwäche meinen Besitz nicht auf, l. 3. §. 13. D. 41. 2. — [Domus non perdit]. Habe ich sie durch Vergraben verwahrt, so bleibt sie in meinem Gewahrsam und ich kann, wenn ich nur den Ort weiß, wo sie sich befindet, meine Herrschaft darüber beliebig reproduciren, so lange sich nicht ein Anderer durch Ausgraben in deren Besitz gesetzt hat; l. 44. pr. D. 41. 2., v. Savigny R. d. B. S. 186. — Ist meine Sache an einen unzugänglichen Ort gerathen, so kann ich sie freilich nicht mehr besitzen; l. 13. pr. D. 41. 2. — und weiß ich endlich gar nicht, wo sich die Sache befinden soll, so kann man auch nicht sagen, daß ich sie besitze; l. 25. pr. D. 41. 2. — Durch bloßes Vergessen wird der Besitz eben so wenig, als durch Nichtgebrauch verloren, sondern nur durch einen entgegengesetzten Entschluß; l. 3. §. 6. D. 41. 2. —

Der animus non possidendi kann entweder ein erklärter seyn, oder wie beim Constitutum possessorium in einer bestimmten Handlung beruhen.

Vermuthet kann derselbe nicht werden, daher z. B. der Vindicant noch auf das interd. uti possidetis zurückgehen kann; l. 12. §. 1. D. 41. 2. — vergl. v. Savigny a. a. O. §. 32.; er wird jedoch zuweilen aus Handlungen, welche keine andere Auslegung übrig lassen, geschlossen; namentlich wenn ich ohne irgend einen Abhaltungsgrund mein Gut lange Zeit hindurch unangebaut lasse, §. 7. J. 2. 6. — l. 37. §. 1. D. 41. 3. — l. 4. C. 7. 32.*) was aber freilich der Fall nicht ist bei Grundstücken, deren Benutzung ihrer Bestimmung gemäß nur zu gewissen Zeiten wiederkehrt; l. 3. §. 11. l. 44. §. 2. in f. D. 41. 2. — l. 1. §. 25. D. 43. 16. oder wenn ich aus Furcht vor Kriegsunruhen von der Anbauung abgehalten ward; cit. l. 4. C. 7. 32.

Zu 5) Die l. 27. l. 29. D. 41. 2. sagen: furiosus non potest desinere animo possidere. Dieser Satz wird von Mehreren in solcher Allgemeinheit behauptet, daß sie den Besitz einer Immobilie durch die Handlung eines Andern nie verlieren könnten, wenn sie auch körperlich dejicirt würden; s. v. Savigny R. d. B. §. 32., Schweppe röm. Privatr. Thl. II. S. 37. Löbenstern in der Zeitschr. f. Civilr. und Proceß Bd. IX. S. 394. — Richtiger aber scheint es zu seyn, wenn man mit v. Vangerow a. a. O. §. 207. not. 1. annimmt, der Rechtssatz: furiosus non potest desinere animo possidere kann nur da in Anwendung kommen, wo quis *solo animo* fundum possidet, aber durch körperliche Dejection kann, da es in einem solchen Fall nicht auf das Bewußtseyn ankommt, allerdings Besitzverlust angenommen werden; quod est enim facti, potest amittere; l. 29. cit.

Zu 6) Es können beim Besitz durch Repräsentanten viele Fälle eintreten, wo der Besitz gerade so für mich verloren geht, als wenn ich ihn unmittelbar ausgeübt gehabt hätte. Z. B. ich wagte nicht, Denjenigen zu vertreiben, der durch einen, ohne mein Wissen, von meinem Pächter mit ihm eingegangenen Verkauf in mein Grundstück gelangt ist, oder mein Pächter verliert die Sache so, daß weder er noch ich sie mehr finden kann, oder mein Repräsentant wird durch Gewalt vertrieben; denn procuratore dejecto ipse dominus dejici de possessione videtur, l. 1. §. 22. D. 43. 16. sowie umgekehrt, wenn ich selbst dejicirt würde, es mir keinen Schaden brächte, wenn nur mein Stellvertreter sich im Besitz behaupten würde, quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt; l. 1. §. 45. D. 43. 16.

*) Vergl. unten Kap. II. §. 106. Occupation, Nr. 2.

Alle diese Fälle sind von der Art, daß nicht eigentlich das Repräsentativ-Verhältniß zunächst die Ursache des Verlusts des Besitzes ist, daher diese Fälle keine besondere Behandlung erfordern, sondern nur diejenigen, wo durch Nachlässigkeit oder Untreue des Repräsentanten mein Besitz etwa verloren gehen könnte, und zwar:

1) an den Repräsentanten selbst; hier gilt, wenn es Immobilien betrifft, der obige Grundsatz, daß mir der Besitz erst von der Zeit an verloren gehen kann, wo ich die Untreue in Erfahrung gebracht habe, ohne alsbald die Recuperation des Besitzes zu bewirken; — ist aber eine bewegliche Sache Gegenstand des Besitzes, so kann ich diesen zwar nicht durch bloße Willensänderung meines Repräsentanten verlieren, wohl aber, wenn ein äußeres, dieser entsprechendes factum desselben hinzugekommen ist (furtum, contrectatio) l. 3. §. 18. D. 41. 2.*) Ueber die Vereinbarung dieser Gesetzesstelle mit l. 47. D. 41. 2. s. v. Savigny a. a. O. §. 33. [H. Witte i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XVIII. S. 293 ff. bestimmt diese Sätze genauer dahin: bei Immobilien könne der Detentor den Besitz doch dadurch erwerben, daß er einem zum Besitzerwerb vom dominus abgesendeten Käufer die Besitzergreifung verwehre, indem solchenfalls nur dieser Käufer selbst das Recht der Besitzerzwingung habe, und wenn derselbe dieses nicht in continenti ausübe, die Sache sofort entschieden sei, ohne daß es auf das Wissen des dominus ankomme (l. 12. u. 18. pr. D. 43. 16.). Bei Mobilien bedürfe es nicht gerade einer körperlichen Besitzergreifung (seiten des Repräsentanten), sondern jeder irgendwie ausgedrückte Willensentschluß genüge (l. 47. u. 20. D. 41. 2. — l. 1. §. 9. D. 43., 3.).]

2) An einen Dritten durch dolus oder Nachlässigkeit des Repräsentanten. — Voraus ist hier zu bemerken, daß, wenn die Sache durch dolus oder Nachlässigkeit des Repräsentanten blos verlassen steht, nach neuerem Recht gar kein Zweifel darüber obwaltet, daß ich den Besitz fortwährend behalte, und mein animus unter diesen Umständen genügt; l. 31. D. 4. 3. — l. 3. §. 8. l. 44. §. 2. D. 41. 2. — l. 7. pr. D. 41. 4. — aber wenn indessen ein Dritter entweder durch Tradition oder

*) Neue Ansichten über das possessorische Klagrecht des juristischen Besitzers gegen seinen Repräsentanten s. Ludwig Schmidt in Linde's Zeitschr. Bd. XIV. S. 13. Sie sind durch die Voraussetzung bedingt, daß der Rechtsgrund der Interdicte wirklich in dem Verbot der Selbsthilfe zu suchen sey.

Verrath oder Nachlässigkeit meines Repräsentanten in den Besitz gelangt ist, ob da nicht für mich der Besitz verloren sey, darüber bestehen noch jetzt entgegengesetzte Meinungen unter den Rechtsgelehrten. Zwar hat Justinian in l. 12. C. 7. 32. folgendermaßen entschieden: definimus, ut sive servus sive procurator, vel colonus vel inquilinus corporaliter nactam possessionem dereliquerit vel alii prodiderit*) desidia forte vel dolo, ut**) locus aperiatur alii, eandem possessionem detinere nihil penitus domino praejudicii generetur. — — Hoc etenim sancimus, ut dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat ab his, quos transmiserit. Nun wird aber wieder über den Sinn dieser Entscheidung gestritten. Einige halten nämlich dafür, sie beziehe sich blos auf den ersten Fall (si procurator possessionem dereliquerit), welcher ihrer Meinung nach allein streitig gewesen sey, man dürfe daher in Ansehung des zweiten Falls, wenn nämlich zur Dereliction noch die Apprehension eines Dritten hinzugekommen ist, nicht annehmen, daß Justinian die ältere Lehre, daß da der Besitz für den Herrn verloren sey, l. 33. §. 4. D. 41. 3. — l. 40. §. 1. l. 44. §. 2. D. 41. 2. habe abändern wollen; s. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 23. not. 1. und System d. P. R. §. 220. Ed. 8., Braun's Dictate §. 307., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 209. mit Beziehung auf Hufeland's Darstellung der Rechtslehre vom Besitz S. 163., Fritz Erläuterungen S. 230. — Dagegen bemerkt v. Savigny R. d. B. §. 33., daß vom ersten Fall gar kein Widerstreit der römischen Rechtslehrer erweislich sey,***)

*) Die deutsche Uebersetzung des corpus jur. geht hier sehr weit, wenn sie prodiderit anstatt „treuloser Weise Preiß gibt" also übersetzt: „einem Andern verrätherischer Weise überliefert," wodurch auch ein Pleonasmus wegen des nachfolgenden ut etc. entsteht.

**) Die Genfer Ausgabe (Genevae 1656) hat vel statt ut, was gewiß zu verwerfen ist.

***) Dieser will nämlich zwar aus l. 40. §. 1. D. 41. 2. bewiesen werden, wo es nach dem vorhergegangenen Satz: si colonus — decessisset — non statim dicendum, eam (sc. possessionem) interpellari — nach der florentinischen Lesart weiter heißt: *aliud* existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Allein die Lesart anderer Manuscripte, welche statt *aliud* vielmehr *idem* haben, setzt die Richtigkeit jener Lesart sehr in Zweifel. Für diese Lesart der andern Msc. ist der Zusammenhang der ganzen Stelle, indem die nun weiter folgenden Worte: *sed haec ita esse vera*, si nemo extraneus eam rem interim possederit etc. beide vorhergehende Sätze zugleich umfassen, wogegen sie nach der Florentiner Lesart sehr gezwungen

wogegen er in Ansehung des zweiten Falls offenbar vor Augen liege, wenn man mit den so eben angeführten Gesetzstellen die l. 3. §. 6—9. D. 41. 2. vergleicht. Die kaiserliche Entscheidung begreife daher den zweiten Fall so gut wie den ersten. Dieser ganz ungezwungene und durch den Schlußsatz: ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat und dominus *nullo modo* aliquod discrimen sustineat ab his, quos transmiserit nachdrucksam bekräftigten Erklärung der l. 12. C. 7. 32., wonach der Eigenthümer weder durch Nachlässigkeit noch durch Treulosigkeit (Verrath oder Uebergabe) seines Stellvertreters Verlust erleiden soll, stimmen außer den älteren Schriftstellern Lyncker de interversa possessione, Giess. 1672., Mylius Disqu. jur. l. fin. C. de acqu. vel am. poss. ac remedio inde competenti. Lips. 1690., Struben rechtliche Bedenken Bd. I. Bed. 139., und unter den Neueren bei: Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 222., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 241. (Ed. III.), Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 229., Valett Lehrb. d. prakt. Pand. Rechts §. 214., Löbenstern in Linde's Zeitschrift Bd. IX. S. 388., s. auch v. Tigerström die b. f. poss. §. 52., Kierulff Civilrecht S. 398. Immerhin wird man aber, wie Mackeldey a. a. O. bemerkt, die l. 12. C. 7. 32., indem sie vom servus sive procurator, *vel colonus* vel *inquilinus* spricht, nur vom Besitz unbeweglicher Sachen zu verstehen haben, welchen auch die anderen übereinstimmenden Gesetzstellen l. 3. §. 7. u. 8. l. 46. D. 41. 2., welche den Grundsatz aussprechen, daß daran der Besitz solo animo fortwährend erhalten werden könne*), vor Augen haben, insbesondere l. 25. §. 2. D. 41. 2.: Quaeritur utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero — quod quasi magis probatur — usque eo possideamus, donec re-

---

blos auf den entfernteren Satz bezogen werden müßten; s. v. Savigny a. a. O. §. 33.

*) Dies ist z. B. auch dann der Fall, wenn der factische Bestandtheil des Besitzes dadurch aufgehört hat, daß in der Person des Stellvertreters eine Unfähigkeit, den Besitz auszuüben, eingetreten ist; l. 25. §. 1. l. 40. §. 1. D. 41. 2. Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utiliatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur, et continuaretur, quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem adipisci neglexerit. — l. 30. §. 5. D. 41. 2. retinere animo possessionem possumus, adipisci non possumus.

vertentes nos aliquis repellat — et videtur utilius esse. Auch nach der deutschrechtlichen Ansicht von der Gewere wird der unrechtmäßig entzogene Besitz als nicht wirklich entzogen angesehen, somit bei Demjenigen, der nicht die factische Gewere hatte, doch eine Gewere angenommen und derselbe gegen Dritte geschützt, s. Mittermaier Grundს. d. d. Privatr. §. 150. (137.), Sintenis d. prakt. gem. Civilr. Bd. I. §. 45. S. 461. [H. Witte i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XVIII. S. 269. sagt über den Verlust des durch Stellvertreter ausgeübten Besitzes: nur Betreffs der Frage, ob das dolose Verlassen des Grundstücks durch den Stellvertreter allein schon genüge, dem dominus den Besitz zu entziehen, sei eine Meinungsverschiedenheit der römischen Juristen in den Pandekten angedeutet; im Uebrigen aber sei unzweifelhaft, daß der redliche Besitzerwerber des Grundstücks den Besitz des dominus auch ohne dessen Wissen aufhebe. Dies sei im Wesentlichen auch noch das Recht des Codex. Justinian habe nur, die Occupation von possessiones vacuae ohne Mitwirkung der Gerichte untersagend, den Occupanten als praedo den gegen einen solchen begründeten Klagen unterworfen, und bei Dejection der Stellvertreter sowohl diesen als auch dem rückkehrenden dominus selbst nach Ablauf der einjährigen Frist die Anstellung des interdictum unde vi gestattet.]

Zu 7) Der Quasibesitz kann, wie der eigentliche Besitz, animo und corpore verloren werden; animo durch den Willen nicht mehr zu besitzen, wobei es gleichgiltig ist, ob das äußere Factum der Ausübung ebenfalls aufhört oder aber fortdauert; corpore nicht schon durch Nichtausübung des Rechts, sondern erst durch die Unmöglichkeit, sich wieder in die beliebige Ausübung des Rechts zu versetzen. Insbesondere

a) in den Fällen, wo sich der Quasibesitz mit der Detention der dem Recht unterworfenen Sache verbindet, geht der Besitz mit der Detention der dienenden Sache verloren.

b) Bei Rechten, welche zur Vornahme einzelner getrennter Handlungen berechtigen, wird der Besitz fortgesetzt vor Allem, so lange der Berechtigte selbst oder durch einen Andern die Handlung vornimmt. Es ist gleichgiltig, wer die Handlung vornimmt, wenn sie nur als ein mit dem herrschenden Grundstück verbundenes Recht, also fundi nomine vorgenommen wird, l. 1. §. 7. l. 3. §. 4. D. 43. 19. Aber auch wenn die Ausübung

unterbleibt, ist der Besitz noch keineswegs verloren, sondern erst wenn die Ausübung factisch unmöglich gemacht wird, z. B. wenn der Quasibesitzer durch persönliche Abwehr oder durch eine die Handlung verhindernde Anstalt abgehalten wird.

c) Bei Realservituten, die zur Einrichtung einer mit dem herrschenden Grundstück verbundenen Anstalt auf dem dienenden berechtigen, z. B. einen Balken in der Mauer des Nachbarn zu haben, wird der Quasibesitz sowohl durch den Verlust des Besitzes des herrschenden Gebäudes, als auch durch die Veränderung desjenigen Zustandes, in dem die Ausübung besteht, verloren, jedoch in dem letzteren Fall nicht schon durch eine temporäre Veränderung des Zustandes, z. B. wenn wegen einer Reparatur der Balken hinweggenommen wird, sondern erst dann, wenn der Besitzer gehindert ist, nach Belieben jenen Zustand wieder herzustellen.

d) Der Quasibesitz negativer Servituten, z. B. des Lichts, der Aussicht rc. geht verloren entweder durch den Verlust des Besitzes des herrschenden Guts, oder durch den Eintritt des jenem Vortheil entgegengesetzten Zustandes, also dadurch, daß der Gegner das thut, was er vermöge der Servitut zum Vortheil des herrschenden Grundstücks unterlassen sollte.

e) In Beziehung auf Rechte, deren Inhalt in einer positiven Leistung des Verpflichteten besteht, ist zu bemerken, daß der einmal erworbene Besitz nicht schon dadurch verloren ist, daß die Leistung überhaupt unterbleibt, sondern erst wenn der Verpflichtete die Leistung mit der Behauptung der Freiheit davon wirksam verweigert.

f) Bei allen Fällen des Quasibesitzes, wo die Ausübung in einem Thun des Berechtigten oder des Verpflichteten besteht, kann die bloße Nichtausübung nur dann den Verlust des Besitzes bewirken, wenn sie eine gewisse Zeit hindurch fortgedauert hat. So namentlich bei den Servituten, abgesehen von den servitutes praediorum urbanorum, bei denen von der andern Seite eine libertatis usucapio hinzukommen muß, s. Puchta in Weiske's Rechtslexikon Bd. II. S. 71., vergl. Kap. III. von der Endigung der Servituten Fr. 3. u. 13.

§. 89.

7. Von den Rechtsmitteln in Betreff des Besitzes.

A. Interdicta retinendae possessionis. Possessorium ordinarium und summarium.

Dig. XLIII. 17. Cod. VIII. 6. uti possidetis.
Dig. XLIII. 31. Utrubi.

Die Praxis statuirt außer dem remedium spolii zwei Arten des Besitzstreites:

a) possessorium summarium oder summariissimum vel momentaneum,
b) possessorium ordinarium.

Will man die römischen Interdicta retinendae*) (uti possidetis und utrubi) vel recuperandae possessionis (unde vi und de precario) in diese Kategorien des Proceßrechts einfugen, worüber jedoch die Rechtsgelehrten nicht einig sind, (indem Einige das interd. uti possidetis dem possessorio ordinario**), die Meisten aber dem summariissimo subsumiren), so wird man mit Leyser Sp. 499. Med. 1. sagen dürfen: solas retinendae possessionis causas possessorii summarii, ceteras omnes ordinarii objectum esse. So auch Schaumburg Princ. prax. S. II. c. 4. §. 2., welcher die adipiscenda und recuperanda possessio auf das ordinarium und die retinenda possessio auf das summariissimum bezieht. Treffend bezeichnet v. Savigny R. d. B. §. 50. das summariissimum als ein provisorisches interdictum uti possidetis. Dieser provisorischen Natur ist es auch zuzuschreiben, daß im summariissimo nicht auf die vitia possessionis gesehen wird, wenn sie nicht in continenti liquid sind, Glück Thl. X. S. 246., Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 172., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 559., v. Keller Pand. §. 157. und Windscheid Lehrb. d. Pand. I. §. 162.

---

*) Eigentlich kann nur von Einem interd. retinendae poss. die Rede sein, nachdem Justinian die Verschiedenheit zwischen dem auf den Besitz unbeweglicher Sachen ursprünglich gerichteten interd. uti poss. und dem auf den Besitz beweglicher Sachen gegangenen interd. utrubi aufgehoben hat; §. 4. J. 4. 15. Ein besonderes Interdict dieser Art ist aber dem missus in possessionem gegeben, dessen Grund sich erläutert findet in Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 577.

**) S. Boehmer Doctrina de actionibus L. II. c. IV. §. 15., Hommel Rhaps. Obs. 178.

Ob das possessorium summariissimum auf die Fälle beschränkt werden sollte, für welche es durch die K.-G.-O. v. J. 1555. Th. 2. Tit. 21. §. 3. bestimmt ist (wovon der Gerichtsbrauch häufig das Absehen nimmt, s. Schweppe a. a. O.), ist zweifelhaft. Die Heidelberger Facultät hat sich darüber folgendermaßen ausgesprochen: „Zwar ist das poss. summariissimum unbestreitbar zu dem Zwecke durch die Reichsgesetze und durch die Praxis ausgebildet worden, um Gewaltthätigkeiten und Störungen des öffentlichen Friedens vorzubeugen. Allein daß solche Störungen wirklich vorgenommen seyen, wird eben so wenig erfordert, als daß wenigstens eine Besorgniß vor denselben in concreto bestehen müsse. Nach der Praxis genügt die Berufung auf den jüngsten Besitz, und auf Nichtanerkennen desselben von Seiten des Beklagten;" s. Emminghaus Pand. d. gem. Sächs. R. S. 226. no. 64., Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 167, Brinz, Pand. I. §. 33.

[Die Theorie der Besitz- und Eigenthumsklagen, von jeher sehr bestritten, hat neuerdigs wieder tiefgehende und umfassende historisch-dogmatische Erörterungen erfahren, wodurch dieses ganze für die Praxis so ungemein wichtige Gebiet bestrittener denn je geworden zu seyn scheint. Mit geistreicher Energie hat nämlich Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts, geschichtlich und für den heutigen Gebrauch dargestellt (1857), versucht, die ganze Lehre vom Standpunkte des älteren deutschen Rechts und der mittelalterlichen (italienischen und deutschen) Praxis aus, welche aus der Verschmelzung des germanischen und römischen Rechts hervorgegangen sey, neu zu begründen und diese Auffassung als im Preußischen Landrecht anerkannt nachzuweisen. Das Resultat seiner Untersuchungen ist, „daß der ältere Besitz eigentlich der wichtigste Begriff nicht nur des ganzen Besitzrechts, sondern selbst des Eigenthumsrechts sey; es gäbe eine Klage, die nicht nur die sämmtlichen possessorischen Interdikte, sondern weiter auch die Vindication und die Publiciana und die actio quod metus causa, die condictio possessionis u. a. umfasse, und daher alle diese Klagen fast entbehrlich mache oder wenigstens auf ein Minimum von praktischer Bedeutung zurücksetze. Er will nachweisen, daß der bloße ältere Besitz als solcher eine Vindication im römischen Sinne mit allen weiteren Bestimmungen derselben begründe, und zwar gegen jeden jüngeren jetzigen Besitzer, der nicht einen Titel seines Besitzes oder eigne Veräußerung des Besitzes vom Kläger nachweise; ja wenn der Kläger beweise, daß er seinen Besitz wider seinen Willen verloren

habe, so sei selbst die Einrede des Titels ausgeschlossen und nur noch die des vollen Eigenthums zulässig." Diese Lehre, durch welche die Klage aus dem älteren Besitz gleichsam zwischen die Vindication und die Interdicte hineingeschoben (s. Delbrück, S. 82. 276.), und die Publiciana völlig beseitigt werden soll (s. Delbr. S. 283. 306. 321.), ist von Heimbach in Weiske's Rechtslexik. Bd. XIII. S. 105—240. (s. insbes. Anm. 416. 816. 897.) im Wesentlichen adoptirt und durch weitere geschichtliche Nachweise zu stützen versucht, auch von Arndts Lehrb. d. Pand. 3. Aufl. §. 170. Anm. 3. u. §. 172. Anm. 4. nicht ohne Beifall begrüßt, jedoch von anderer Seite: von Bluntschli in d. krit. Uebersch. Bd. VI. S. 189 ff., Sintenis in den Blätt. f. Rechtsanw. in Thüringen Bd. V. S. 182 ff. und im prakt. gem. Civilr. I. §. 46. Anm. 24. u. §. 53. Anm. 2., in ausführlicher Weise auch von Bruns in Bekker's Jahrb. des gem. deut. R. Bd. IV. S. 1—109., und in Betreff einzelner Punkte, namentlich der Decretale Licet causam (cap. 9. X. de probat.), welche eines der Hauptfundamente der Delbrück'schen Theorie abgibt, von Maaßen ebendas. Bd. II. S. 443—473., ferner von Pagenstecher Lehre v. Eigenthum, III. S. 207 ff. und größtentheils auch von Windscheid Lehrb. d. Pand. I. §. 162. Anm. 11. bekämpft worden. Bruns a. a. O. führt aus, daß weder die allgemeine Confusion possessorischer, petitorischer und obligatorischer Klagen in der behaupteten Weise stattgefunden (S. 33.), noch die Glossatoren so vollständig, wie Delbrück annimmt, den Boden und Geist des römischen Rechts verlassen und mit germanischen Begriffen operirt hätten (S. 34. 65), daß namentlich die Italiener trotz der (schon aus praktischen Gründen fast unvermeidlichen) Verwischung der Grenzen von possessorium retin. und recup. poss. und der weiten Zulassung der recuperatorischen Wirkung beim interd. uti possidetis dennoch die römischen Unterschiede an sich in der Theorie stets festgehalten, und namentlich keinen Begriff von poss. ordinarium als einer allgemeinen Besitzklage, welche die andren in sich vereinige, gebildet hätten (S. 67.), daß endlich durch die allerdings ungeheure Ausdehnung der römischen Besitzklagen, wodurch sie gegen dritte und besonders auch gutgläubige dritte Besitzer zugelassen wurden, doch der Karakter derselben als possessorischer im Gegensatz der petitorischen im Grunde nicht aufgehoben worden sey (S. 69.): woran auch durch die deutsche Theorie und Praxis nichts Wesentliches geändert sey (S. 81 ff.), abgesehen von dem italienischen Präsumtionensystem (S. 104.). Bruns sieht dem=

gemäß das interd. uti poss. immer noch als die eigentliche Grundlage für das possess. ordinarium an, und erklärt nur das für eine offene Frage, wieweit man dabei im Einzelnen die Grundsätze der älteren Praxis und namentlich der Italiener festhalten wolle (S. 95). Ueber die Beweisfrage vergl. Bruns S. 104—109. — Ueber den Schutz des Besitzes im allgemeinen Zusammenhange mit der Lehre vom „Schutz des relativ besseren Rechts" s. Deurer in d. Jahrbüchern f. d. Dogmatik von v. Gerber u. Ihering, Bd. I. S. 228. 229.]

Besondere Schwierigkeiten in dieser Materie haben sich bei Uebertragung der zunächst dem körperlichen als dem eigentlichen Besitz geltenden Regeln auf den Besitz unkörperlicher Gegenstände (jurium quasi possessio) ergeben. — Unbestritten zwar ist der Besitz der persönlichen Servituten mit dem interd. uti poss. vel utrubi geschützt. In Ansehung der Realservituten gilt dasselbe wenigstens für solche Handlungen, welche im Besitz des herrschenden Guts selbst ausgeübt werden, s. l. 8. §. 5. D. 8. 5. agi poterit, jus esse, fumum immittere. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti; für den Besitz der superficies ist das interd. de superficie bestimmt, welches wie jenes zu behandeln ist, s. v. Savigny R. d. B. §. 47. Alle diese Fälle — lehrt Puchta Vorles. rc. Bd. I. §. 139. haben das mit einander gemein, daß sich hier die Frage nach dem gegenwärtigen Besitz eben so natürlich entscheiden läßt, wie bei der corporis possessio. Dies ist dagegen nicht der Fall bei dem Besitz der Realservituten, welche zu einer Handlung auf dem dienenden Grundstück, oder auch einer Vorrichtung auf demselben, welche aber mit dem herrschenden in keiner unmittelbaren körperlichen Verbindung steht, berechtigen. Zwar sind im R. R. für einzelne Verhältnisse solcher Art, in welchen das Bedürfniß vornämlich erkannt wurde, besondere Interdicte mit Entscheidung der Frage nach dem gegenwärtigen Besitz gegeben, z. B. das interd. de itinere actuque privato, de cloacis, de aqua, de rivis, de fonte, etc., Elvers Servitutenlehre §. 79 ff., Brinz Pand. I. §. 32. u. Windscheid Lehrb. d. Pand. I. §. 163. 164., Buchka u. Budde Entscheidungen, Bd. III. No. 26. Allein für andere ähnliche Servitutrechte sind keine speciellen Interdicte gegeben; und da fragt es sich

1) ob bei deren Mangel auf das interdictum uti possidetis recurrirt werden könne?

2) Ueberhaupt ist in Betracht zu ziehen, in welchen Beziehungen die vorbemerkten speciellen Interdicte von dem interd. uti possidetis der vera possessio abweichen?
3) Bei den für jurium quasi-possessio gegebenen speciellen Interdicten, wo usus pro possessione ist, mußten die Gesetze nothwendig eine nähere Bestimmung darüber geben, wie viele Handlungen erforderlich sind, und was für einen Zeitraum sie umfassen müssen — insbesondere beim interd. de itinere? endlich von wem die Handlungen vorzunehmen sind?
4) Ist auch bona fides ein nothwendiges Erforderniß zu den speciellen Interdicten?
5) Finden die interd. retinendae poss. auch gegen Den statt, welcher meinen Besitz ex jussu vel mandato gestört hat?
5a) [Werden sie auch durch eine blos intellektuelle Besitzstörung begründet?]
6) Gehen diese Interdicte auch auf und gegen die Erben über?
6a) Kann auch Derjenige, welchem der Besitz auf vitiose Weise vom Beklagten entzogen worden ist, demungeachtet gegen denselben mit dem interd. uti possidetis wirksam auftreten?
7) Kann damit neben der Restitution auch Ersatz der Kosten und Schäden und Caution de non amplius turbando gefordert werden?
8) Kann Derjenige, welcher im interd. uti poss. Sieger geworden ist, wenn er nachher in petitorio unterliegt, noch zur Restitution der vor seiner Einlassung in petitorio percipirten Früchte schuldig erkannt werden?
9) Muß die Klage auf Schutz im älteren Besitz (possessorium ordinarium) durch einen Erwerbstitel begründet werden?
10) Findet dieselbe blos in foro rei sitae oder auch in foro domicilii statt?
11) Nach welchen Grundsätzen hat der Richter sich zu benehmen, wenn
    a) beide Theile zu besitzen behaupten,
    b) wenn Besitz- und Eigenthumsfrage zugleich an ihn gelangt? z. B. A. klagt als Erbe und Besitzer eines Hauses, in welchem B. eine Wohnung inne hat, gegen diesen auf deren Räumung. B. gesteht einen Theil des Hauses als Commodat inne gehabt zu haben, jedoch stehe ihm auf das ganze Haus ein besseres Recht

zu, als dem Kläger, weil er in näherem Grad Erbe Vorbesitzers sey?

11 a) [Findet die Besitzstörungsklage eines Mitbesitzers gegen den anderen statt?]

12) Findet im poss. summariissimo auch eine Intervention statt?

13) Ist im possessorischen Proceß auch Restitution zulässig?

14) Wenn der Besitzer des Grundstücks, über welchen der Andere sich einen Weg anmaßt, in poss. sumariissimo Schutz der natürlichen Freiheit begehrt, hat er da den Besitz der Freiheit zu beweisen, oder genügt der Beweis, daß er das Grundstück besitze?

15) Wenn gegen eine Gemeinde im possess. sumariissimo auf Schutz im Besitz geklagt wird, müssen die ruhigen Besitzhandlungen gegen alle Gemeindeglieder ausgeübt worden seyn?

16) Können auch andere rechtliche Zustände, z. B. aus dem Familienrecht dem interd. uti poss. unterworfen werden?

17) [Ist Cumulation eines interd. retin. possess. mit einem interd. recuper. possess. statthaft?]

Zu 1) Die Meinungen hierüber sind sehr getheilt.*) Eine unüberwindliche Schwierigkeit scheint besonders der Anwendbarkeit des

*) Auf was immer für eine Realservitut (aliquod jus fundi nach l. 20. D. 8. 1.) anwendbar, erachten das interd. uti poss. Thibaut im civilist. Archiv Bd. I. S. 111. und im System §. 769. Ed. 8., Braun Erörterungen zu §. 624., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 297., Roßhirt im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 41., Voet Comm. ad Pand. Lib. 43. tit. 6. §. 1. u. a. Das Gegentheil vertheidigt v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 355., Cujac. Comm. ad. tit. D. de usurpat. ad. l. 4. voc. si viam etc. Opp. T. I. pag. 1116., Rauschenplat de onere prob. in neg. act. pag. 29., Wiederhold das interd. uti poss. S. 48., indem sie das genannte Interdict bei jeder Art der Realservituten für völlig unanwendbar erklären. Andere gestehen dessen Anwendbarkeit auf serv. praediorum urbanorum wohl zu, nicht aber auf serv. praed. rust., v. Savigny R. d. B. §. 46., Schweppe röm. Privatr. §. 564., Albert das interd. uti poss. S. 109. not. 3., Heerwart in Linde's Zeitschrift Bd. XII. S. 147. §. 3. Letzterer leugnet besonders die Ausdehnung auf negative in non faciendo bestehende Servituten, und eben so die Statthaftigkeit des possessorii summariissimi in Ansehung derselben, s. aber dagegen v. Savigny a. a. O. §. 46. S. 606. not. 1., Albert a. a. O., Roßhirt im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 44.

Interdicts auf solche Servituten entgegenzustehen, welche durch einzelne von Zwischenräumen getrennte Handlungen ausgeübt werden, quae non habent certam continuamque possessionem, wie z. B. l. 14. pr. D. 8. 1. von der Wegservitut sagt: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo modo possessio ejus interpellari videatur, daher nicht wohl zu erkennen ist, wer zur Zeit der Klagerhebung sich im Besitz befunden hat, wie denn auch l. 4. §. 27. D. 41. 3. in solchen Fällen die dejectio für unmöglich erklärt. In der Praxis hat sich aber sehr allgemein die Ansicht fixirt, und mußte sich wegen des unverkennbaren Bedürfnisses dahin fixiren: da einmal bei jura in re ein Besitz oder Quasibesitz im R. R. angenommen sey, so müsse auch die ganze Besitzlehre, wie sie bei körperlichen Sachen ausgebildet erscheint, analog auf den Quasibesitz nach allen Beziehungen ausgedehnt werden, und so wird denn bei den übrigen servitutes rusticae, für welche in den Gesetzen keine eigenen Interdicte gegeben sind, wie z. B. für das Weiderecht auf fremdem Grund, ein interd. uti poss. utile, s. Stryck Usus modern. Lib. 43. tit. 19. §. 1., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 564. oder besser die Analogie der vorangeführten speciellen Interdicte statuirt, s. Heerwart a. a. O. S. 180., G. F. Puchta Pand. §. 139., mithin auch bei ihnen das possessorium summariissimum angewendet, W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen §. 93., jedoch ohne den Charakter der Duplicität*) und ohne die (s. Fr. 3.) bei der Weggerechtigkeit vorkommende Singularität auch auf die andern in einem Handeln bestehenden Servituten in

---

Für die Zulässigkeit des interd. uti possidetis zur Abwehr von Dienstbarkeits-Anmaßungen spricht ein Erkenntniß des O.-A.-Ger. in München in Seuffert und Glück's Bl. f. R.-A. Bd. XIII. S. 158. — Das gedachte Interdict verjährt durch Ablauf eines Jahrs von Zeit der Störung nicht in der Hauptsache, sondern nur bezüglich der Kosten und Schäden, l. 1. pr. D. 43. 17., Bl. f. R.-A. Bd. XV. S. 128.

Bei Anstellung dieses Interdicts hat der Implorant blos das factum der Störung seines aus dem Eigenthumsrecht fließenden Besitzes zu beweisen, aber keineswegs liegt ihm der Beweis ob, daß der Implorat sich in einer juris quasi-possessio nicht befinde, oder daß ihm eine Servitut nicht zustehe, vielmehr muß Implorat beweisen, daß er sich im Besitz des bestrittenen Dienstbarkeitsrechts befinde, l. 8. §. 3. D. 8. 5. — Seuffert Erörter. Abthl. II. no. 16. S. 73. x., Borst über die Beweislast im Civilproceß S. 106. 2. Ausg., Richter Aufgabe über verschiedene Rechtsfragen no. 64.

*) S. hierüber vorzüglich v. Buchholz Versuche S. 108. Beitrag zu der Lehre von den interdictis duplicibus, vergl. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 336.

Anwendung zu bringen. — Das praktische Bedürfniß*) des in der Theorie so vielfach bestrittenen Besitzschutzes für solche Servituten, auf welche das interd. uti poss. nicht paßt, und welche doch auch nicht mit besonderen Interdicten versehen sind, hat endlich auch bei v. Savigny das Uebergewicht erlangt, indem er dafür die Spolienklage zu Hülfe nimmt, s. die 6. Ausgabe des Rechts des Besitzes. Diese praktische Vermittelung für die Streitfrage, ob auf jene Servituten die römischen Interdicte angewendet werden sollten oder nicht, konnte nicht ohne mehrere Anhänger bleiben; s. Duncker Lehre v. d. Reallasten S. 106., Roßhirt Lehrb. d. Civilr. §. 229., W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen §. 55., v. d. Pfordten im civilist. Archiv. Bd. XXII. S. 23. mit dem Beisatz, daß bei denjenigen serv. rusticae, für welche keine besonderen Interdicte ausgebildet sind, eine einzige Besitzhandlung nicht genügend erachtet werden könne, indem die ganze Natur der serv. rust. ein mehrmaliges Handeln zum Begriff ihres Besitzes fordere.**) Eine vollständige Zusammenstellung aller Meinungen und ihrer Repräsentanten in diesem nun wohl auf die bemerkte Weise abgethanen Streit gibt Pfeiffer in den praktischen Ausführungen Bd. VII. S. 417 – 477. [vergl. auch v. Vangerow Pand. I. §. 355. Anm. 2. u. Windscheid, Pand. I. §. 164. Anm. 15.] und fügt die von dem O.-A.-Ger. in Cassel angenommenen Grundsätze folgendermaßen bei:

I. Der Gebrauch der gewöhnlichen possessorischen Rechtsmittel und namentlich das interd. uti poss. utile findet auch zum Schutz der Servituten und servitutähnlichen Rechte statt.

II. In denjenigen Fällen, wofür das römische Recht besondere Interdicte gegeben hat, ist der Gebrauch der allgemeinen im römischen Recht begründeten possessorischen Rechtsmittel, namentlich des interd. uti poss. für gänzlich ausgeschlossen zu halten.

III. In Beziehung auf die Wegegerechtigkeit jedoch könne das interd.

---

*) Die Justizkanzlei zu Hannover erkennt dieses nicht an, indem sie, der älteren v. Savigny'schen Theorie anhangend, statuirt: bei Realservituten sey das interd. uti poss. nur in dem Fall zulässig, wenn die dazu veranlassende Störung zugleich den Besitz des herrschenden Grundstücks mit afficire, s. jurist. Ztg. f. d. Königr. Hannover Jahrg. 1844. S. 182. So auch Flach in den Entscheidungen des herzogl. Nassauischen O.-A.-Ger. Thl. I. S. 1.

**) S. dagegen Pfeiffer a. a. O. 457., Duncker Lehre v. d. Reallasten S. 99. u. 108. Wohl möchte mit Seuffert in seinen Erörterungen Abthl. II. S. 59. angenommen werden dürfen: „der Richter hat in dem einzelnen vorkommenden Falle aus dem Zusammenhange, der Wiederholung, der besonderen Beschaffenheit der einzelnen nachgewiesenen Handlungen sein Urtheil darüber zu bestimmen, ob in denselben ein usus juris enthalten gewesen sey."

uti poss. in allen den Fällen gebraucht werden, wo die eigenthümliche Beschaffenheit dieser Servitut eine solche Ausübungsweise gar nicht zuläßt, wie sie zur Begründung eines solchen Besitzes, durch welchen der Gebrauch des interd. de itinere gesetzlich bedingt ist (s. Fr. 3.), erforderlich seyn würde; wo also namentlich ihr Gegenstand in Handlungen solcher Art besteht, die nach der objectiven Beschaffenheit und dem dadurch bestimmten Zwecke der in Frage stehenden Servitut gar nicht so oft in einem Jahre, als es zur Anstellung des interd. de itinere erfordert wird, vorkommen können.

Zu 2) Man kann mit Donell. ad. l. un. C. uti poss. von diesen Interdicten sagen: proposita non sunt possidenti, sed ei, qui hoc anno usus est. Daher wird bei ihnen nicht gefragt, ob der Besitz nur gestört oder aufgehoben sey, wie gegen Albert a. a. O. §. 36. von Heerwart a. a. O. §. 27. ausgeführt ist. Wenn aber Heerwart a. a. O. §. 8. sagt: „es werden diese Interdicte auch Dem gegeben, welcher in der letztern Zeit vor Anstellung derselben die Dienstbarkeit vi, clam oder precario übte“, so ist dies nicht wohl zu erklären; denn alle Gesetze, s. l. 1. §. 1. 2. l. 3. D. 43. 19. — l. 1. §. 10. u. 20. D. 43. 20. — fordern absolut, daß die Ausübung dieser Servituten — das interd. de cloacis allein ausgenommen — in der gesetzlich bestimmten Periode nicht vi, clam oder precario geschehen seyn darf. Die l. 3. D. 43. 19. dient übrigens nur zur Erläuterung des Begriffs von clam, und selbst das poss. summariissimum als abgekürztes int. uti poss. schließt die exc. vi, clam, precario nicht aus, sondern fordert nur deren sofortige Liquidmachung.

Gedachte specielle Interdicte, welche nicht allein gegen den Besitzer des dienenden Grundstücks, sondern auch gegen jeden sonstigen Störer nach l. 3. §. 5. D. 43. 19. — l. 1. §. 25. 26. D. 43. 20. zustehen, weichen von den Interdicten der vera possessio darin ab daß sie auf den Erben ipso jure übergehen. Dieser kann daher, wenn er auch noch gar nicht selbst die Dienstbarkeit ausgeübt hat, den Quasibesitz seines Erblassers für sich geltend machen, l. 2. §. 3. D. 43. 1. — l. 3. §. 6. 8. 9. 10. l. 5. §. 2. D. 43. 19. — l. 1. §. 37. D. 43. 20. — l. 2. §. 3. D. 8. 5., dagegen bekanntlich die possessio vera nicht auf den Erben übergeht, sondern von diesem selbst ergriffen werden muß.

Bei diesen speciellen Interdicten muß ganz besonders auch auf den animus gesehen werden; servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit etc. l. ult. D. 8. 6. Albert a. a. O. §. 110.,

Heerwart a. a. O. §. 8. u. 21., während bei der vera possessio die Abwesenheit der drei Hauptmängel genügt; Mevii Dec. P. IX. Dec. 165. Elvers Servitutenlehre S. 675. 681 ff. u. Windscheid Pand. I. §. 163. a. E.

Der Nutznießer begründet durch seine Ausübung für den Eigenthümer die Interdicte nicht, l. 3. §. 4. D. 43. 19., obschon seine Ausübung für wirksam gilt, um dem Eigenthümer den Besitz der Sache selbst zu erhalten, l. 9. D. 41. 2.

Zu 3) Gleichmäßiges Erforderniß für die durch Handlungen auszuübenden Servituten ist es, daß die Ausübung in dem Jahr vor Zeit des ausgebrachten Interdicts stattgehabt haben müsse,*) l. 1. pr. §. 3. 11. D. 43. 19. — l. 1. pr. §. 9. D. 43. 21. — l. un. pr. §. 5. D. 43. 22. — Wenn eine Servitut von der Art ist, daß sie nur in einer Hälfte des Jahrs, oder wie beim Mast-, Weide- und Jagdrecht nur während einer noch kürzeren Zeit des Jahrs benutzt werden kann, oder benutzt zu werden pflegt, l. 1. §. 34. l. 6. D. 43. 20., so genügt, daß sie in einer der beiden Gebrauchszeiten benutzt worden ist, welche der Anstellung des Interdicts vorangingen; l. 1. §. 29. 33. 34—36. D. 43. 20. — l. 1. pr. D. 43. 21. Wird das Interdict während des Laufs einer Gebrauchszeit angestellt, so wird diese mitgezählt, s. Heerwart a. a. O. §. 18. Zufällige oder durch Gewalt eines Dritten verursachte Verhinderung der Ausübung im letzten Jahr läßt so wie andere gesetzliche Restitutionsgründe noch die Berufung auf das vorhergehende Jahr zu; l. 1. §. 9. D. 43. 19. cf. l. 1. §. 23. D. 43. 20. Eine Hauptbedingung dieser Interdicte ist übrigens, daß keine Veränderung in der Gebrauchsweise der Servitut vorgenommen sey, es wäre denn, daß sie blos in einer Verminderung bestanden hätte; l. 1. pr. §. 5. D. 43. 19. — l. 1. pr. §. 15—18. 29. D. 43. 20. — l. 1. pr. D. 43. 21. — l. un. pr. §. 6. 9. D. 43. 22.

Was die Anzahl der Handlungen betrifft, so genügt deren Eine; l. un. D. 43. 22. — l. 1. §. 31. 36., l. 1. §. 4. 22., l. 2. D. 43. 20., Mittermaier der deutsche gem. bürgerl. Proceß Beitr. III. S. 218. (vergl. jedoch Note* S. 51.) Nur bei den Weggerechtigkeiten findet sich die Singularität in l. 1. §. 2. D. 43. 19. ad tuitionem Praetoris pertineat, si modo eo anno usus est vel modico tem-

---

*) Eine Ausnahme macht ultilitatis publicae causa das interd. de cloacis reficiendis, wenn man diese Servitut mit Heerwart a. a. O. in diese Kategorie und nicht vielmehr mit v. Savigny a. a. O. S. 185. zu den mit dem Besitz eines Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehenden Dienstbarkeiten rechnen will. Vergl. Elvers Servitutenlehre §. 80.

pore id est non minus quam triginta diebus. Wörtlich scheint damit freilich die besonders bei der Fahrgerechtigkeit mit der Beschaffenheit und dem Bedürfniß der Landwirthschaft unvereinbarliche und daher unbegreifliche Anforderung gemacht, daß man, um nur den Besitz nicht zu verlieren, sehr oft seine Gerechtigkeit ohne eigentlichen Zweck und ohne Bedarf selbst zum Verderb des Wegs ausüben müßte. Wenn Heerwart a. a. O. §. 16. dieses mit v. Savigny a. a. O. S. 591. Anm. 1. aus einer andern Beschaffenheit der Güter in Italien erklären will, so bleibt doch immer noch, wie v. Vangerow bemerkt, unerklärbar, wie der Gesetzgeber ein höchst summarisches Verfahren mit einer so enormen Ueberladung von Proceduren zu belasten hätte beabsichtigen können, 30 einzelne Handlungen an 30 verschiedenen Tagen durch den hier wohl allein möglichen Zeugenbeweis zu constatiren. Gewiß muß man daher die von v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 355. not. 1.*) gewählte Erklärung willkommen heißen: „zu dem interd. de itinere ist man berechtigt, wenn man nur im letzten Jahr, wenigstens während 30 Tagen, so daß die erste und letzte Handlung mindestens einen Zeitraum von 30 Tagen entfernt sind, die Weggerechtigkeit ausgeübt hat."**) — Hiernach würde es ge=

*) Uebereinstimmend mit Althof das interd. de itinere actuque privato §. 31—39., Hoffmann Lehre von den Servituten Bd. II. S. 268., Tübinger Zeitschr. f. R.=W. Bd. II. S. 349.; s. indeß dagegen v. Savigny Recht des Besitzes S. 591. 593. ꝛc., Sintenis pr. Civilr. Bd. I. §. 65. Anm. 24.

**) In einem Erkenntniß d. O.=A.=G. Jena v. J. 1842 wurde ausgesprochen: „Die eigenthümlichen Grundsätze, welche das römische Recht über das interd. de itinere actuque privato enthält, sind auf das poss. summariissimum nicht anwendbar. Die C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 21. §. 1—3. bestimmt, das letzteres nicht allein wegen Besitzes von Gütern, sondern auch wegen Besitzes von Gerechtigkeiten stattfinden soll; es sind die Grundsätze, welche überhaupt vom Besitze gelten, maßgebend. Gar wohl kann also Der, welcher eine serv. viae bis 1839 ausgeübt hat, 1842 auf dessen Schutz antragen. Durch Nichtausübung wird, wenn keine dejectio oder animus derelinquendi hinzutritt, der Besitz nicht bei dergleichen Rechten verloren, l. 1. §. 24. 25. D. 43. 16. Die einjährige Verjährung bezieht sich nur auf den vollen Schadenersatz, l. 1. pr. D. 43. 17. — l. 4. D. 43. 1., kann auch hier nicht eintreten, weil die Voraussetzungen der Verjährung, Widerspruch des Gegners und Beruhigung dabei, fehlen. Der Wegberechtigte war also fortwährend Besitzer. Da der Wegleidende ein Mandat gegen ihn ausgebracht, und darauf Jener obigen Besitz bescheinigt hatte, so mußte der Wegleidende, obschon Kläger, zu Unterlassung aller Beeinträchtigung verurtheilt werden, weil judicium duplex vorliegt," s. Emminghaus Pand. S. 422. no. 37. [Das O.=A.=G.

nügen, wenn nur innerhalb eines solchen Zeitraums mehrere Handlungen ausgeübt worden wären. Nach l. 1. §. 12. l. 2. l. 6. D. 43. 19. schadet es auch nichts, wenn der Inhaber der Servitut dieselbe im letzten Jahr zuweilen vi, clam vel precario ausgeübt hat, wenn er nur außerdem die hinlängliche Zahl fehlerfreier Tage für sich hat.

Eine Eigenthümlichkeit hat auch das interd. de itinere reficiendo, indem bei dessen Gebrauch das Daseyn der Servitut selbst bewiesen werden muß, daher h. z. T. die act. confessoria leichter zum Ziel führt, bei welcher doch nicht neben dem Recht auch der Besitz bewiesen werden muß, s. v. Savigny a. a. O. §. 46.

Unzweifelhaft kann die Ausübung der Weggerechtigkeit nicht nur persönlich, sondern auch durch Pächter, Bedienstete und Beauftragte bewirkt werden. Es ist aber auch wohl Kori nicht zu tadeln, wenn er in den prakt. Erörterungen Bd. I. S. 229. (2. Aufl.) sagt: daß auch ein Wirth durch seine Gäste den Besitz der Weggerechtigkeit behaupten könne, s. l. 1. §. 7. D. 42. 19. is, cujus colonus aut *hospes* aut *quis alius* iter ad fundum fecit, usus videtur itinere et idcirco interdictum habebit. Et haec ita, — etiamsi ignoravit, cujus fundus esset, per quem iret; cf. v. Savigny a. a. O. S. 537.*)

Ueber die Anwendbarkeit der possessorischen Rechtsmittel auf deutschrechtliche Reallasten s. Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 322., Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI. S. 37. und 52.

Zu 4) Bei dem interd. de aqua wird in l. 1. §. 10. 19. D. 43. 20. der gute Glaube ausdrücklich gefordert. Von einigen wird derselbe auch bei den übrigen speciellen Interdicten für nöthig angesehen. Diese von Menoch und Westphal auf l. ult. D. 8. 6. wegen der doch wohl nur auf den animus possidenti zu beziehenden Worte: qui suo jure uti se credidit gegründete Meinung vertheidigt neuerlich Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 192. §. 22. gegen v. Savigny a. a. O. §. 44. und Albert vom Besitz körperlicher Sachen §. 132.; da er aber wenigstens einräumen muß, daß hier so wenig wie bei der Verjährung die bona fides eines positiven Beweises

---

zu Kiel hat dahin entschieden, daß die 30malige Ausübung der servitus itineris zur Begründung der Klage in poss. summariissimo nicht erforderlich sey. Seuffert's Archiv XII. No. 107.]

*) Ueber die Materie von den Weggerechtigkeiten ist zu vergleichen: Brinkmann wissenschaftlich-praktische Rechtskunde Bd. I. S. 47., die v. Savigny'sche Lehre vom summar. in ihrer Anwendung auf Wegstreitigkeiten, und Elvers Servitutenlehre, §. 79.

bedürfe, so wird in Praxi doch immer das nec vi, nec clam, nec precario das entscheidende Gewicht behaupten. Vergl. Kap. III. Ersitzung der Servituten, Fr. 10. not.* —

Zu 5) Auf das interd. uti poss. möchte sich wohl nicht schlechterdings anwenden lassen, was Ulp. vom interd. de vi in l. 1. §. 13. D. 43. 16. sagt: non enim excusatus est, qui jussu alicujus dejecerit, non magis quam si jussu alicujus occidit. Es kann nämlich die Möglichkeit angenommen werden, daß der jussor diejenigen Handlungen, welche der Kläger für Besitzstörungen erklärt, zu rechtfertigen vermöge, für welchen Fall dem Vollzieher des Befehls nominatia autoris und folglich die Ausscheidung aus dem Proceß nicht zu versagen seyn dürfte, s. Albert d. interd. uti possidetis §. 40., Kori Theorie d. sächs. summar. Proc. Thl. 2. Kap. 11. §. 116. [Dagegen sagt das O.-A.-G. zu Celle: „Alle Klagen über erlittene Besitzstörungen sind persönlicher Natur, und können daher nur gegen denjenigen erhoben werden, welcher die störende Handlung vorgenommen hat (l. 3. §. 5. D. 43. 19. — l. 1. §. 25. 26. D. 43. 20. — l. 4. D. 43. 17.). Wenn deßhalb dieser auch im Auftrage eines Anderen gehandelt hat, so kann dennoch von einer nur bei dinglichen, auf Herausgabe einer Sache gerichteten Klagen zulässigen laudatio auctoris nicht die Rede seyn." Seuffert's Archiv XII. No. 85.]

Zu 5a) [Die Kreisregierung hatte von Oberaufsichtswegen die bis dahin gewissen Gemeinde-Rechtsbesitzern zustehenden Holznutzungen für persönliche, mithin Allen zustehende Rechte erklärt, und verlangten danach jene Schutz im Quasibesitz ihrer Dienstbarkeitsrechte. Das Obertribunal in Stuttgart aber wies die Klage ab, weil bei solchen dinglichen Rechten, welche den Bezug gewisser wiederkehrender Leistungen zum Gegenstand haben, von einer Besitzstörung erst dann die Rede seyn könne, wenn die einzelne fällige Leistung von dem Pflichtigen verweigert werde. Seuffert's Archiv VIII. No. 221.]

Zu 6) Oben schon wurde bemerkt, daß der in der Ausübung behinderte Besitznachfolger sich auch auf die Besitzhandlungen seines Vorgängers berufen könne, s. auch Leyser Sp. 508. Med. 12., Mevii Dec. P. III. Dec. 92.; eine andere Frage ist es aber, ob das durch eine dem Vorbesitzer widerfahrene Störung schon begründete Interdict vom Besitznachfolger und gegen denselben angestellt werden dürfe?

Was nun

a) den activen Uebergang des schon erwachsenen Interdicts betrifft, so wird diesem von Einigen nur in Ansehung des Sin-

gular=Nachfolgers widersprochen, s. Heerwart a. a. O., er läßt sich aber schwerlich auch für den Universal=Nachfolger anders als etwa in Ansehung des id quod interest und allenfalls insofern denken, als in der dem Vorgänger widerfahrenen Störung eine Bedrohung des Besitzes des Nachfolgers liegt, das Interdict aber auch schon wegen bedrohter Störung stattfindet; Albert a. a. O. §. 158. u. 159., Mackeldey Lehrbuch Bd. II. §. 233. Nach sächsischem Gerichtsbrauch wird wegen einer dem Vorgänger widerfahrenen Besitzstörung das possessorium ordinarium und remedium spolii dem Universal= und auch dem Singular=Successor gestattet, das possessorium summarium aber nur dem Universal=Successor; hingegen der Singular=Successor muß selbst den neuesten Besitz ausgeübt haben und darin gestört worden seyn, s. Pfotenhauer Besitzproceß S. 50., Biener Systema Proc. §. 269.

b) Der passive Uebergang gegen Singular=Nachfolger ist wohl ganz unbedenklich zu verneinen; in Betreff des Universal=Nachfolgers sind die meisten Rechtslehrer derselben Meinung, s. Thibaut System §. 227. Ed. 8., Mackeldey a. a. O. §. 233., Albert a. a. O. §. 162., Schmidt von Klagen und Einreden §. 56., Einige jedoch mit der Einschränkung, daß der Erbe noch ad id, quod ad eum pervenit, nach dem Maaß der Erbschaftskräfte belangt werden könne, s. Heerwart a. a. O. §. 32.

Zu 6 a) Scheinbar ist dieses in Widerspruch mit dem Begriffe eines interd. retinendae poss,. s. v. Savigny Recht d. Bes. §. 37. S. 486., Sintenis pr. Civilr. Bd. I. §. 46. Anm. 19., aber nach der Ausführung der Neuern, insbesondere v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 336 ꝛc., Puchta Institut. Bd. II. S. 507 ꝛc., Keller in der Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft XI. 3. S. 332., Rudorff ebendas. XI. S. 333., welcher das O.=A.=G. in Oldenburg gefolgt ist, s. Seuffert's Archiv Bd. XII. H. 1. S. 54., fällt dieses Bedenken vermöge der Duplicität der interd. retin. poss. hinweg, zufolge deren zwischen Kläger und Beklagten gar kein Unterschied vorkommt, sondern in denselben Fällen, in welchen die eine Partei condemnirt werden, auch die andere einer Verurtheilung unterliegen kann. Mithin muß der Beklagte, wenn er den Besitz von dem Kläger auf vitiose Weise erworben hat, eben so wohl condemnirt werden können, als anerkanntermaßen der Kläger condemnirt werden dann, wenn er den Besitz von dem Verklagten vi, clam oder precario

erworben hat; mit anderen Worten, nicht blos Derjenige, welcher zur Zeit der Anstellung des Interdicts wirklich noch den Besitz hat, kann wirksam mit einem interd. retinendae poss. auftreten, sondern auch Derjenige, dem der Besitz von dem Verklagten auf eine vitiose Weise entzogen worden ist.

Zu 7) Gegen Albert vom Besitz unkörperlicher Sachen §. 143., welcher aus l. 3. D. 43. 1. — l. 1. §. 40. D. 43. 16. — l. 8. §. 4. 6. D. 43. 26. folgert, daß nur von Zeit des interdictum editum das id quod interest verlangt werden könne, geht die gewöhnliche Meinung nach l. 3. §. 11. D. 43. 17. — l. 1. §. 23. D. 43. 20., v. Savigny a. a. O. §. 38., S. 490., Heerwart a. a. O. §. 30., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 43. tit. 19. §. 8. tit. 20. §. 7. dahin, daß auch hier und bei den Interdicten überhaupt*) die allgemeine Verbindlichkeit zum Ersatz des durch widerrechtliche Handlungen verursachten Schadens anzunehmen sey. Der Beweis des durch heimliche oder gewaltsame Besitzstörung zugefügten Schadens kann vom Kläger auch durch den Schätzungseid geführt werden, Glück Thl. XII. S. 411. Der von Einigen bestrittene Anspruch auf Cautionsleistung, s. Leyser Sp. 508. Med. 15., Albert über das interd. uti poss. §. 135., welcher indessen nach v. Savigny a. a. O. §. 38. insofern stattzufinden scheint, als das Recht des Richters, eine solche Caution aufzulegen, schon in dem allgemeinen Recht der Execution begriffen werden kann, wird h. z. T. nicht leicht in Frage kommen, nachdem der Gerichtsbrauch zweckmäßig die Androhung einer namhaften Geldstrafe auf den Fall des Zuwiderhandelns an die Stelle gesetzt hat, s. Mittermaier der deutsche bürgerl. Proceß Beitr. IV. S. 329. 337., Leyser a. a. O.

Zu 8) Diese bestrittene Frage müßte freilich mit Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 41. tit. 1. §. 115., Stryck Us. mod. Lib. 43. tit. 17. §. 6. schlechthin verneint werden, wenn der Sieg im Inter=

*) v. Vangerow, dessen eigenthümliche Theorie des Besitzes und der Besitzrechtsmittel in ihren Abweichungen von v. Savigny und den sonstigen gewöhnlichen Meinungen zum besonderen Studium empfohlen werden muß, differirt auch hier, s. Leitfaden für Pandecten=Vorlesungen §. 336. Anm. I. No. II. 4. „Hat der Besiegte die Inhabung, so wird er h. z. T. stets zur Herausgabe der Sache selbst condemnirt, während sich dies im früheren R. R. natürlich anders verhielt; denn da nur auf eine Geldsumme condemnirt werden konnte, so wurde der Besiegte immer nur zur Bezahlung des Besitzwerthes verurtheilt. Auf anderweiten Schadenersatz gehen dagegen die interd. retin. poss. niemals."

dict oder im possess. summariissimum zugleich für den guten Glauben entscheidend wäre, da aber in diesem Verfahren die Frage über bona oder mala fides nicht immer Gegenstand der Untersuchung ist, — denn die Frage über Abwesenheit der drei Besitzmängel ist doch immerhin eine andere, als die Frage über den guten Glauben, — so kann auch der Sieg im Interdict der künftigen Entscheidung keinen Abbruch thun, wenn sich im petitorium ergibt, daß mala fide besessen wurde, welche sofort die Restitution der Früchte nach sich ziehen muß, s. Albert das interd. uti poss. §. 145—148. Ja sogar wird behauptet, daß der Sieger im poss. summar. noch selbst in die Kosten dieses Verfahrens verurtheilt werden könne, wenn er hinterher im ordinarium oder petitorium unterliegt; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. S. 174.

Zu 9) Wenn mehrere Rechtsgelehrte antiquior possessio titulata erfordern, s. Leyser Sp. 499. Med. 5., Mevii Dec. P. V. Dec. 178., Pfotenhauer über die ger. Verf. in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen §. 2., so rührt dies daher, daß man das poss. ordinar. als ein Mittelding vom possessorium und petitorium betrachtete, welches das canonische Recht zwischen beide eingeschoben habe. Dabei fehlte es dann aber an allen nähern Bestimmungen, woran der s. g. bessere oder rechtmäßigere Besitz erkannt werden sollte, und die Grenze zwischen possessorium und petitorium wurde völlig verwischt. Man darf es nun aber wohl als allgemein anerkannt annehmen, daß das possessorium ordinarium nur das eigentliche römische interd. uti poss. vel. utrubi ist, zu welchem sich das summariissimum als bloße Sicherheitsmaßregel verhält, welche nach der Ord. Cam. v. J. 1555. P. II. tit. 21. §. 3. u. Conc. Ord. Cam. P. II. tit. 22. §. 4. u. 5. „bis zu endlichem Austrag des endlichen Rechtens in possessorio und petitorio keinem Theil an seinem Inhaben oder Besitz im Recht nachtheilig seyn soll.“ Die irrigen Ansichten können aus dem c. 9. X. de prob., auf welchen sie fußen, nicht gerechtfertigt werden; denn aus dieser Stelle geht nichts weiter hervor, als: es ist nicht nöthig, in der Klage beim possessorium den titulus possessionis anzuführen, nach Befinden kann aber beim Conflict mit dem Besitz des Gegners der Titel einen Ausschlag geben, weil er eine Präsumtion des bessern Besitzes zu motiviren geeignet ist. Mit Recht wird daher von den Meisten ein Beweis des Titels, als wodurch jedes possessorium in das petitorium überginge, nicht gefordert, s. v. Savigny a. a. O. §. 51., Boehmer de act. S. II. c. 4. §. 15., Klaproth Einl. in den summar. Proceß §. 235., v. Langenn und Kori Erörter. Thl. II. S. 214., Boehmer J. E. P. Tom. I. Lib. II. tit. 12. §. 7., Heerwart

a. a. O. §. 11., v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 317., Gönner Handbuch d. Proc. Bd. IV. no. 81. §. 15., Mittermaier d. gem. deutsche bürgerl. Proceß Beitr. IV. S. 214., Stryck Us. mod. lib. 43. tit. 17. §. 2. u. 7. Vergl. Elvers und Bender allg. jurist. Zeitung Bd. I. S. 107. u. 300. Bd. II. S. 185. über die Zulässigkeit der vom Rechte selbst entnommenen Einreden im possessorischen Verfahren. Maassen in Bekker's Jahrbuch, II. S. 473.

Zu 10) Die l. un. C 3. 16. u. l. 2. C. 8. 1. entscheiden für das forum rei sitae, was besonders dem alten deutschen Recht entspricht: „wo das eygen liegt, da soll man auch darüber richten", und auch dem canonischen Recht gemäs ist, s. c. 3. X. de foro compet.; und wenn auch nicht von allen possessorischen Rechtsmitteln behauptet werden kann, daß der Gerichtsstand des Wohnorts mit jenem nicht electiv concurrire, so ist dieses doch gewiß dann zu behaupten, wenn über den jüngsten und gegenwärtigen Besitz gestritten oder über Wiedererlangung eines durch widerrechtliche Handlung des Gegners verlorenen Besitzes geklagt wird, s. Glück Thl. VI. §. 515. Verschiedene Ansichten s. Arndts Beitr. H. I. S. 113., Bethmann-Hollweg Versuche S. 53., Heffter im civil. Archiv. Bd X. S. 201., Sintenis Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprocesses Bd. I. S. 1., Linde Lehrb. §. 90., Bayer Vorträge über den gem. ordentl. Proceß S. 66., Höpfner Besitzrechtsmittel ꝛc. §. 23.

Zu 11) Es folgt von selbst

Zu a) aus dem Begriff eines judicium duplex, daß eben Dem, welcher den erforderlichen Beweis aufbringt, der Besitz zuerkannt werde, gleichviel ob er Kläger oder Beklagter ist. Hat jede Partei Besitzhandlungen für sich, so muß vor Allem der jüngste Besitz regulirt werden, s. Mittermaier a. a. O. Ergibt sich überhaupt kein sicheres Resultat, und sind Thätlichkeiten zu besorgen, so muß entweder ein gerichtlicher Sequester oder eine dergleichen provisorische Sicherheitsverfügung eintreten.

Zu b) Im unterstellten Fall konnte der erbschaftliche Besitz des Klägers nicht durch den Einwand eines bessern Rechts von Seite des Beklagten, welcher ja nicht ex titulo vel causa dominii die Wohnung inne hatte, entkräftet werden, vielmehr war der Beklagte mit seinem Eigenthums-Anspruch ad separatum zu verweisen.

Im Allgemeinen gelten folgende Regeln: hat der Kläger possessorium und petitorium cumulirt, so hat der Richter über beides nach c. 3. u. 6. X. de caus. possess. et propriet. — l. 14. §. 3. D.

44. 2., oder nach Umständen über dasjenige von beiden, welches zunächst zur Entscheidung völlig reif ist, zu entscheiden, mithin über den Besitz, unter Verweisung der Eigenthumsansprüche ad separatum, wenn jener bewiesen ist, diese aber noch illiquid sind, l. 37. D. 5. 1. — l. 3. C. 8. 1. oder sogleich über das Recht des Eigenthums, wenn dieses außer Zweifel gesetzt ist, c 1. u. 6. X. a. a. O. Hat der Kläger blos das possessorium angestellt, so kann der Richter nur über dieses erkennen, etiamsi ex probationibus aliisque, quae in Actis deducta sunt, appareat, actoris causam in petitorio magis justam esse, l. 37. cit. Pufendorf Introd. in proc. civ. P. I. Cap. V. §. 6., sowie er umgekehrt auch nur in petitorio entscheiden kann, wenn dieses allein angebracht ist, vergl. Höpfner die Besitzrechtsmittel ꝛc. §. 27., Bayer Theorie der summar. Proc. §. 76—78. (Ed. V.), Roßhirt Zeitschrift für Civil= und Criminalrecht Bd. I. S. 234. über den Satz: petitorium absorbet possessorium, Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Thl. I. Abthl. VI. über das Verschlingen des Besitzstandes durch den Rechtsstand.

[Zu Fr. 11 a) Das Berliner Obertribunal entschied: „Richtig ist es zwar, daß der Regel nach über die von einem Mitbesitzer geübte Disposition, weil dabei die Grenzen der wechselseitigen Befugnisse der Mitbesitzer zu erwägen seyn würden, im Possessorienprocesse nicht befunden werden kann; allein eine Ausnahme tritt ein, wenn eine solche eigenmächtige und einseitige Disposition des Mitbesitzers in Frage steht, durch welche jede zeitige Einwirkung der übrigen Mitbesitzer vereitelt und in deren Besitz also unmittelbar eingegriffen wird. Denn dann waltet unzweifelhaft eine Turbation ob, die auch dem Mitbesitzer nicht gestattet ist.“ Seuffert's Archiv XIV. No. 37.]

Zu 12) Unter den verschiedenen Meinungen, von welchen Einige auf unbedingte Verwerfung, s. Hofacker Princ. jur. Rom. T. III. §. 4271., Andere auf bedingte Zulassung, wenn periculum in mora ist, gehen, s. Boehmer Exerc. ad Pand. T. V. §. 451., Klaproth bürgerl. Proc. Thl. II. §. 451., Danz Grundſ. d. ordent. bürgerl. Proc. §. 481, ist ohne Zweifel die richtige, daß nur die accessorische Intervention nicht ausgeschlossen werden könne; Gottschalk Discept. for. T. II. Cap. XI. pag. 130., Leyser Vol. VII. Sp. 508. Med. 14., v. Hartitzsch Entscheidungen S. 206., besonders wenn Intervenient eine vitiosa possessio gegen den Kläger darthun kann.

Zu 13) Restitution, als ein blos subsidiäres Rechtsmittel, s. Glück Thl. V. §. 436. S. 419., findet in possessorio nicht statt,

weil noch ein ordentliches Rechtsmittel (petitorium) übrig ist, s. v. Hartitzsch a. a. O. no. 316.

Zu 14) Zwar behauptet Wernher Sel. obs. for. T. I. P. I. Obs. 274. der Kläger müsse beides beweisen; denn die rechtliche Präsumtion der Freiheit könne da nicht in Betracht kommen, wo es sich um nichts anders, als um facta handle, welche allemal bewiesen werden müssen, und in possessorio komme ja der Rechtsstand gar nicht in Frage. Dagegen ist aber einzuwenden: in dem Besitz des Grundstücks liegt von selbst der Besitz der präsumtiv freien Beschaffenheit desselben, so lange der Gegner nicht ruhige Besitzhandlungen, welche jener Vermuthung entgegenstehen, nachzuweisen vermag. Der Verneinende braucht nicht zu beweisen. Daraus folgt, daß es genug ist, wenn der Kläger blos den Besitz des Grundstücks beweist; Hommel Rhaps. Vol. III. Obs. 484., v. Hartitzsch a. a. O. no. 318.

Zu 15) Zufolge des Grundsatzes: non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, l. 74. D. 50. 17. kann es nicht genügen, wenn der Kläger sich nur auf Handlungen bezieht, die gegen einzelne Mitglieder der Gemeinde ausgeübt worden sind; Leyser Sp. 453. Med. 8., v. Hartitzsch a. a. O. no. 319.

Zu 16) Als Gegenstände des Quasibesitzers und also auch der Interdicte werden nicht nur unbestritten alle die deutschen Reallasten und publicistischen Gerechtsame so gut wie die römischen jura in re, sondern auch gewöhnlich alle solche Zustände betrachtet, welche zu einer fortwirkenden Ausübung durch öftere Gebrauchshandlungen geeigenschaftet sind, insbesondere Befugnisse aus dem Familienrecht, z. B. der väterlichen Gewalt, der Filiation, des Bürgerrechts und des ehelichen Zustandes; c. 13. u. 14. de rest. spol., Glück Thl. II. §. 182., Boehmer J. E. Pr. Tom. I. Lib. II. tit. 13. §. 2., Spangenberg Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz Thl. I. §. 101. und obgleich bei letzterem zweifelhaft ist, ob darauf der Begriff eines selbständigen Besitzes anwendbar sey, weil der Begriff der Ehe erst durch Beobachtung einer gewissen Form entsteht, s. Höpfner Inst. Comm. §. 106. not. 1., Struben rechtl. Bed. Thl. III. no. 131., so scheint doch c. 8. 10. 13. X. de rest. spol. dafür zu sprechen. Ueberhaupt aber scheint es richtiger, nach v. Savigny a. a. O. §. 49. bei Rechten des persönlichen Zustandes und Obligationenrechten nicht vom Besitz als einem eigenen Recht, sondern nur von provisorischen Verfügungen zu sprechen. Vergl. Brinz Pand. Bd. I. §. 33.

[Quasibesitz bei Schulverbands-Reichnissen. Der Anwalt der

frommen Stiftungen richtete im Namen der Schule einer Stadt das interd. uti possidetis gegen zwei Nachbargemeinden, welche bis dahin für jedes die Stadtschule besuchende Gemeindekind einen bestimmten Geldbetrag geleistet hatten und nunmehr dessen sich weigerten. Das O.=A.=G. zu Darmstadt erkannte hier ein Besitzverhältniß an, indem es bemerkte: das behauptete Recht der Schule stelle sich nicht als ein reines Forderungsrecht dar, denn es solle nicht gegen bestimmte Personen, sondern gegen alle Einwohner der beiden Ortschaften ohne allen weiteren Verpflichtungsgrund dem Kläger zustehen; die ihm entsprechende Pflicht sei lediglich durch das Incolatsverhältniß und den Besitz von die Schule besuchenden Kindern bedingt; werde nun bei nicht radicirten Bannpflichten und bei Kirchenverbandsabgaben ein Besitz angenommen, so müsse dasselbe von Abgaben aus dem Schulgemeindeverband gelten. Seuffert's Archiv IX. No. 126. Dazu ebendas. XII. No. 340. und über die in einer Gehaltsentziehung liegende Besitzstörung s. ebendas. XIII. No. 32.]

Zu Fr. 17. [Daß das Recht, als Reihestellbesitzer an allen ein bestimmtes Kohlenbergwerk betreffenden Versammlungen, Berathungen und Beschlüssen der Gemeinde, sowie an den Auskünften des fragl. Kohlenwerks Theil zu nehmen, Objekt eines Quasibesitzes seyn könne, ward vom O.=A.=G. zu Celle anerkannt und dabei ausgesprochen: die Frage, ob in der Weigerung der Gemeinde, den Kläger in bisheriger Weise theilnehmen zu lassen, eine bloße Besitzstörung oder eine eigentliche Entziehung des Quasibesitzes zu finden sei, bedürfe keiner besonderen Entscheidung, weil in beiden Fällen Schutz gewährt (s. v. Savigny R. d. Bes. §. 50. S. 632. Anm. 1.) und die Cumulation des principaliter auf Schutz in gestörtem Besitz gerichteten Klagantrags mit einem eventuellen Antrag auf Wiedererlangung des entzogenen Besitzes statthaft sei. Seuffert's Archiv XV. No. 27.]

Zusatz. In Ansehung verschiedener bei Besitzstreitigkeiten vorkommender Fragen ist noch auf folgende Schriften zu verweisen:

Kind Quaest. for. T. IV. pag. 267. u. 470. num brevior quam annua possessio ad judicium possessorium sufficiat. — Daß die Eideszuschiebung kein zulässiges Beweismittel im poss. summariiss. sey, s. Schroeder D. num in poss. summar. juramenti delatio locum habeat. Vit. 1727., Mittermaier a. a. O. Beitrag IV. S. 219. — Bauer Responsa Vol. II. pag. 259. jura, quae non quotannis, sed separatis temporibus exercentur, possessorium summariissimum non

respuunt. — Zachariä Annalen der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. I. Abthl. 10., ob und inwiefern bei Entscheidung der über den neuesten Besitz entstandenen Streitigkeiten auf ältere Besitzhandlungen Rücksicht zu nehmen sey. — Zu-Rhein und Sartorius Samml. merkw. Rechtsfälle Bd. I. S. 356. über den Zeugenbeweis bei der Klage auf Schutz im jüngsten Besitz. — Gebr. Overbeck Medit. Bd. VIII. S. 240., unbeschworene Zeugenaussagen beweisen auch im poss. summariis. nichts. Eben so Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 20. — Ueber die Zulässigkeit der Notaritäts-Zeugenverhöre zur Bescheinigung des jüngsten Besitzstandes s. Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Thl. I. S. 377. und v. Bülow und Hagemann's prakt. Erörter. Bd. III. S. 312. — Wer im poss. summar. im Besitz geschützt ist, braucht im poss. ordinario den Beweis der possessio nicht zu führen, s. v. Rüling Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Celle no. 83. — Inwiefern der jüngste Besitz auch gegen den Landesherrn geltend gemacht werden könne, s. Berg a. a. O. Thl. II. S. 248. und Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. III. S. 348., welcher das poss. summar. gegen den Staat durchaus verwirft, dagegen das ordinarium zuläßt, ausgenommen gegen ein jus eminens, oder wenn der Besitzstand einem Gesetz widerstreitet, s. auch Klüber öffentl. Recht des deutschen Bundes §. 276. u. 396. Die Frage: ob in Sachen einer universitas auch membra universitatis in causa possessorii für die universitas als Zeugen zugelassen seyen, wird, wenn gleich das Interesse Einzelner dabei versirt, doch in der Rücksicht bejaht, weil es gewöhnlich sehr schwer hält, andere Zeugen zu diesem Behufe zu bekommen; Cramer Obs. jur. univ. T. I. Obs. 99. Daß das interd. utrubi dem Autor nie gegen Den, dem er selbst tradirt hat, zustehen könne, s. Hasse im Rhein. Museum Bd. III. über das interd. utrubi bei der lex Cincia S. 174., Esser krit. Beleuchtung des R. R. über die Beweislast bei Servitutenklagen. Trier 1826. In Gottschalk Discept. for. T. I. pag. 231. de spatio annali, intra quod possessorio summario uti licet, wird weitläufig ausgeführt, daß nach den Gesetzen binnen Jahresfrist, von der Turbation an gerechnet, bereits Citation ausgewirkt werden müsse, daß aber der Gerichtsbrauch es für hinlänglich annimmt, wenn nur die Klage in Jahresfrist eingereicht wird. Man begegnet aber auch in dieser Abhandlung zweierlei von Andern bereits als irrig widerlegten Sätzen: a) indem ein annus plene continuus angenommen wird, während doch l. 1. pr. D. 43. 17. deutlich auf ein tempus utile hinweist, — intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere

permittam, b) indem mit Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 178. behauptet wird, wenn nicht binnen einem Jahr nach geschehener Störung des Quasibesitzes geklagt wird, so sey der Besitz verloren und auf den Gegner übergegangen zu achten. Allein der Ablauf eines Jahrs schließt zwar das Interdict in Ansehung des vergangenen factum turbativum und deshalb zu leistenden Schadenersatzes aus, daraus folgt aber nicht, daß mir das Interdict gegen jede neue Anmaßung verloren gehe, s. Albert das interd. uti poss. §. 167., Heerwart in Linde's Zeitschrift Bd. XII. S. 154. §. 4. a. E. und Entscheidung des Stuttgarter Obertribunals in Seuffert's Archiv XIII. No. 315.

---

§. 90.

B. Interdicta recuperandae possessionis.

Dig. XLIII. 16. de vi et vi armata. Cod. VIII. 4. unde vi. Cod. VIII. 5. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio. Dig. XLIII. 26. de precario. Cod. VIII. 9. de precario et Salviano interdicto.

Interdictum de vi. Remedium spolii.

Daß das remedium spolii, dessen Ursprung die Praxis im canonischen Recht sucht, s. lib. 2. tit. 13. Decretal. — Decret. Grat. P. 2. caus. 3. qu. 1. c. 3., dessen Grundansicht aber auch in germanischen Sitten gefunden wird, s. Mittermaier der gem. deutsche bürgerl. Proceß Beitr. III. S. 196. §. IX., als erweitertes Interd. unde vi*) zu betrachten ist, kann jetzt wohl als allgemein anerkannt angenommen werden.

Es kommt aber zunächst in Frage:

1) inwiefern das rem. spolii mit dem interd. de vi zusammenstimmt oder davon abweicht?
2) Inwiefern ist die Spolienklage vom poss. summar. verschieden?**)
3) Kann der Beweis des spolium auch durch Interlocut auferlegt werden?

---

*) Zu bemerken ist hier: Hasse über das interdict. quod vi aut clam im Rhein. Museum Bd. IV. S. 1. und Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft von v. Savigny rc. Bd. III. S. 53.

**) Ob der jüngste Besitz auch gegen den Landesherrn geltend gemacht werden könne? s. oben §. 86. Nr. 4. und §. 89. Zusatz.

4) Kann auch ein successor universalis und singularis wegen der mit einem überkommenen Gut verbundenen Gerechtigkeiten, z. B. Frohnen ꝛc. sich der Spolienklage gegen den sich weigernden Besitzer des dienenden Guts bedienen?
5) Findet die exceptio spolii auch im Executionsproceß Berücksichtigung? Geht sie auch gegen den dritten Besitzer? Ist Connexität erforderlich?
6) [Ist das spolium durch das Vorhandenseyn eines bösen Vorsatzes bedingt?]
7) [Ist das interd. quod vi aut clam von Seiten des Miethers gegen den Vermiether und Eigenthümer statthaft?]
8) [Steht dieses Interdict gegen den zu, welcher Wälder und Fruchtbäume beschädigt hat?]

Zu 1) Gleichförmig bei beiden ist

A. die Grundlage: nämlich absolutes Ausschließen der Selbsthilfe und Privatgewalt. Diese ist zu sehr verhaßt, als daß es noch darauf ankommen dürfte, ob die possessio justa oder injusta war, oder ihr eines der drei vitia possessionis anklebte,*) l. 1. §. 1. 9. 10. u. 30. l. 12. l. 18. D. 43. 16. — §. 6. J. 4. 15., Gajus IV. 155., v. Savigny R. d. B. §. 40. Selbst die Einrede des vor der Gewaltanwendung geleisteten Verzichts ist ohne Wirkung; l. 27. §. 4. D. 2. 14. Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 560., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 299. (248.), Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. II. §. 144., Mackeldey Lehrb. §. 234. not. 6. Ebensowenig kann sich der Beklagte mit Compensation was immer für einer Gegenforderung schützen, l. ult. §. 2. C. 4. 31.

Eben so beruhen beide Rechtsmittel

B. auf denselben Voraussetzungen, nämlich: juristischer

---

*) Nicht ohne alle Ausnahme verhält es sich jedoch damit nach canonischem Rechte; z. B. wird in c. 2. de rest. spoliat. in VIto (2. 5.) eine except. vitiosae possessionis, cui jus commune aperte repugnat, in Betreff eines Zehntrechts zugelassen. Ein anderer Fall findet sich in c. 13. X. de rest. spoliat. (2. 13.) except. consanguinitatis marito opponi potest, a quo uxor discessit, si in continenti probari queat. — Da das canonische Recht auch eine exc. spolii statuirt, so kann diese auch gegen die act. spolii geltend gemacht werden, wenn der Kläger den Beklagten in einer anderen Sache spoliirt hat, Boehmer J. Eccl. P. Tom. I. lib. II. tit. 13. §. 5.

Besitz*) auf Seite Desjenigen, welcher sie gebrauchen will, und Dejection, s. v. Savigny R. d. B. §. 40., Schweppe a. a. O. §. 560., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. II. §. 144., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 299. (248.) Daher ist das Interdict, welches übrigens gegen den Dejicienten nicht nur, sondern auch gegen dessen Auftraggeber gerichtet werden kann, l. 1. §. 12—15. l. 3. §. 10—12. D. 43. 16., niemals begründet, wenn Tradition des Besitzes, sey sie gleich blos aus Furcht geschehen, stattgefunden hat; l. 5. D. 43. 16. v. Savigny a. a. O.

Im Ganzen sind auch

C. die Wirkungen gleich, nämlich: der dejectus muß ganz in die Lage versetzt werden, in welcher er zuvor war, mithin die Sache, oder wenn dies nicht möglich ist, deren Werth und das Interesse des verlorenen Besitzes erhalten, wofür ihm das juramentum Zenonianum gegeben ist, s. Glück Thl. XII. §. 819. Zur vollständigen Restitution gehören natürlich auch die Früchte, gleichviel ob sie der Dejicient wirklich bezogen hat oder nicht, wenn sie nur der dejectus hätte erlangen können; l. 4. C. 8. 4. — sowie der Ersatz jedes auch nur zufällig entstandenen Schadens, l. 1. §. 34. u. 35. D. 43. 16., namentlich anderer Sachen, welche aus Anlaß der Dejection verloren gegangen sind, l. 1. §. 41. D. 43. 16., und auch des durch unterbrochene Usucapion entstandenen Schadens, s. v. Savigny a. a. O. §. 40.

Auch geht die Spolienklage wohl nicht, wie Thibaut im System §. 230. (Ed. 8.) mit Beziehung auf c. 5. X. de raptor. (5. 17.) annimmt, unbedingt gegen die Erben, sondern nur, wie beim Interdict, insofern sie vermöge jener Handlung ihres Erblassers etwas bekommen haben, oder ohne ihren dolus bekommen haben würden; l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. D. 43. 16. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 300. (250.), Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 234., Schweppe a. a. O. Bd. III. §. 560. S. 455. not. 2.

Abweichend**) vom Interdict ist das remedium spolii in folgenden Stücken:

---

*) Auch dem Naturalbesitzer räumt ausnahmsweise das interd. de vi ein: Thibaut im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 361., Geiger in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 238.

**) Eine Abweichung der canonischrechtlichen Spolienklage, welche zur Wiedererlangung des Besitzes, insbesondere auch wegen widerrechtlich entzogener quasi-possessio gegeben ist, vom römischen interd. de vi wird von Einigen

a) Wenn es beim Interdict wenigstens bestritten war, ob es sich auch auf den Besitz beweglicher und nicht blos unbeweglicher Sachen beziehe (Thibaut im civilist. Archiv Bd. I. S. 105., Geiger a. a. O., s. dagegen v. Savigny a. a. O. §. 40.), so ist dies beim remed. spolii unzweifelhaft, sowie auch, wenn es gleich im bayerischen Recht streitig ist, s. Seuffert und Glück's Bl. f. R.-Anw. Bd. XX. S. 33., daß es nicht minder unkörperliche Rechte oder Gegenstände des Quasibesitzes umfaßt, s. Thibaut a. a. O., v. Savigny a. a. O.

Durch die auf dem canonischen Recht basirte Praxis ist die Spolienklage als Schutzmittel in der Ausübung aller Rechte, mithin auch für den Quasibesitz von Wegegerechtigkeiten angenommen worden; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Kiel in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 218., sonach auch für die Prädial-Servituten; s. Erkenntn. d. O.-A.-G. zu Jena in Emminghaus Pand. S. 424. no. 50.

Die Spolienklage ist nach c. 10. 13. X. de rest. spoliat. auch unter Ehegatten zulässig. Vorausgesetzt wird indessen dabei, daß einem des Spoliums beschuldigten Ehemanne weder aus dem Standpunkte der ehelichen Vogtschaft, noch aus dem der ehelichen Gütergemeinschaft ein freies Verwaltungsrecht an dem Vermögen seiner Frau zustehe; s. Erk. d. O.-A.-G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. III. S. 197.

b) Bestritten zwar, s. v. Savigny a. a. O., aber von den meisten Praktikern angenommen und besonders vertheidigt von Thibaut im System §. 230. (Ed. 8.), Duncker in Reischer's Zeitschrift Bd. II. H. 2., und Geiger in Linde's Zeitschrift Bd. XIII. S. 272. §. 14. S. 285. §. 21. besonders mit Beziehung auf c. 7. u. 8. X. 2. 13. — c. 3. C. 3. qu. 1., ist die Ausdehnung der Spolienklage auf jede auch ohne vis atrox nicht nur, sondern auch überhaupt ohne Gewalt oder Arglist begangene Störung in einem bisher stattgehabten, dem gemei-

---

darin gefunden, daß jene auch dem nudus detentor zugestanden wird, s. Erk. des O.-A.-G. in Jena in Emminghaus Pand. S. 423. no. 46. — c. 5. 7. 11. 16. X. 2. 13., was beim interd. de vi nach der Meinung Mehrerer nicht der Fall gewesen seyn soll, s. Puchta Pand. §. 135. not. a. Den Rechtslehrern dagegen, welche auch das interd. de vi dem detentor nicht minder zugestehen, mithin keinen Unterschied zwischen beiden Rechtsmitteln erkennen, ist neuerlich in einer umfänglichen Ausführung beigetreten Sintenis im pr. Civilr. Bd. I. S. 469. not. 24. u. Bd. II. §. 124. not. 48.

nen Recht nicht widerstreitenden Zustande.*) Auch ist, was am häufigsten vorkommt, keinem gegründeten Zweifel ausgesetzt, daß, wenn ein Pächter oder Verwalter unter Anmaßung des Eigenthums die Restitution der Sache verweigert, die Spolienklage gegen ihn stattfinde; l. 12. l. 18. D. 43. 16. — l. 34. C. 4. 65. — l. 10. C. 8. 4. — Schweppe a. a. O. Bd. II. S. 15. Bd. III. S. 456., sowie umgekehrt der Pächter gegen

*) Die Grundsätze derjenigen Rechtslehrer, welche so sehr dagegen eifern, daß die Spolienklage so weit über die Grenzen des interd. de vi in der Praxis ausgedehnt wird, daß man von dem Erforderniß einer vis atrox Umgang nimmt, und statt gewaltsamer Entsetzung eine blos ungerechte Entziehung des Besitzes oder Quasibesitzes zur Begründung eines remedii recuper. possessionis für genügend erkennt, sind von dem Obertribunal in Stuttgart adoptirt worden, s. Hufnagel Mittheilungen H. I. S. 106. Eine gleiche Ansicht findet sich in den in Seuffert's Archiv Bd. I. H. 2. aus Duprel Samml. v. Rechtsfällen Bd. I. S. 110. angeführten Erkenntnißgründen des O.-A.-G. in München, welche aber nichts für das gemeine Recht entscheiden können, weil sie auf Bayerisches Landrecht und Bayerische Gerichtsordn. sich gründen, und der untergelegene Fall Einzelheiten enthält, welche schlechthin zur Abweisung der Spolienklage führen mußten. Die entgegengesetzte Ansicht der Praxis, daß, um die Spolienklage oder das canonische remed. recup. poss. anzustellen, nicht gerade die für das interd. de vi vorausgesetzte Gewalt erforderlich ist, hat neuerlich Sintenis a. a. O. Bd. II. §. 124. not. 48. umfänglich zu rechtfertigen sich bemüht. Zur Rechtfertigung dieser durch das Bedürfniß hervorgerufenen Erweiterung des interd. de vi im canonischen und germanischen Recht gereicht wohl schon dieses, daß ja bereits Justinian eine derartige Ausdehnung über den Fall einer vis atrox nöthig gefunden hat, indem er in l. 11. C. 8. 4. das Interdict auch Demjenigen zugestand, welcher seinen Besitz durchaus nicht durch Gewalt verloren hatte, und daß auch der Landfriede v. J. 1548. Art. V., sowie die Kammerger.-Ordn. Tit. VIII. das remedium spolii „gemeiner schlechter Spolien und Entsetzung halber, so nicht mit gewaltiger That und doch wider Recht geschehen", einem Jeden angedeihen lassen, indem allerdings zur „Erhaltung gleichmäßigs Rechtens vonnöthen seyn will, daß Jedem seines Besitzes auf irgend eine Weise Entsetzten schnelle Hilfe widerfahre, und die Herrschaft des Rechts möglichst ungestört erhalten werde." Allerdings liegt das Bedürfniß schnellerer Hilfe, welche das Interdict bezweckte, wesentlich in der erlittenen Entziehung an sich schon und nicht zunächst in der Art, wie der stattgefundene rechtliche Zustand factisch aufgehoben wurde. — Daß das spolium nicht gerade einen gewaltsamen Angriff, sondern nur eine eigenmächtige Handlung des Spolianten voraussetze, wurde auch vom O.-A.-G. in Dresden angenommen, s. Wochenblatt f. m. Rf. 1847. no. 50., desgl. v. Hartitzsch Entsch. no. 388. Eben so in einem Erkenntniß d. O.-A.-G. zu Lübeck, s. Seuffert's Archiv Bd. III. S. 198. u. Bd. V. S. 27. Abweichende Erkenntnisse finden sich indessen auch im vorangeführten Wochenbl. S. 241. v. d. Facultät u. d. App.-Ger. in Leipzig.

den Verpächter das remed. spolii gegen gewaltsame Vertreibung gebrauchen kann; c. 4. X. ne praelati. Decr. Grat. caus. 2. qu. 2. c. 3., Leyser Sp. 451. §. 3., Schlüter und Wallis jurist. Zeitg. f. d. Königr. Hannover Bd. V. S. 167. u. 181.

c) Das remed. spolii geht auch gegen den dritten Besitzer, z. B. den Käufer der spoliirten Sache — welcher vom Interdict niemals berührt wurde — gleichwohl alsdann, wenn er, um das spolium wissend, die Sache an sich brachte, c. 18. X. de restit. spoliat. (2. 13.), mithin unter gleichen Umständen auch gegen jeden andern Singular-Successor, gegen welchen das Interdict überhaupt nicht stattfand; l. 3. §. 10. D. 43. 17.

d) Das remed. spolii findet auch gegen Personen statt, welchen man Ehrerbietung schuldig ist, c. 7. X. de rest. spol. (2. 13.), gegen welche das Interdict nicht, sondern nur eine actio in factum gegeben war.

e) Bestritten ist,*) ob die Spolienklage gleich dem Interdict auf ein Jahr beschränkt ist, oder, wie die Praktiker gewöhnlich annehmen, 30 Jahre dauert. Wenn man aber auch die kurze Verjährungszeit des R. R. annimmt, so ist doch die länger dauernde Wirkung insofern nicht zu bezweifeln, als der Dejicient durch das spolium bereichert ist. Denn in id, quod ad eum pervenit, kann er auch nach Ablauf eines Jahrs wirksam belangt werden, l. 1. pr. D. 43. 16. — l. 7. §. 5. D. 10. 3. Wenn er also die Sache noch hat, kann er auch später die Herausgabe nicht verweigern. Außerdem ist hierbei noch die Bestimmung Justinian's in l. 11. C. 8. 4. zu beachten, daß, wenn die besitzlose Sache eines Abwesenden occupirt wird, dieser das interd. de vi 30 Jahre lang haben soll. Endlich enthält unstreitig

f) das canonische Recht ein neues Institut in der exceptio spolii, vermöge deren der Spoliirte auf alle Klagen des Spolianten bis zur Restitution des Spoliums die Einlassung verweigern kann, vorausgesetzt, daß er binnen 15 Tagen vom Augenblicke der Vorschützung das spolium beweist, und nicht eine weltliche Sache mit der except. spolii einer Kirchensache, wegen welcher geklagt ist, entgegengesetzt wird; c. 1. de rest. spolii in VIto. (2. 5.) — Mittermaier im gemeinen deutschen bürgerl.

*) v. Savigny a. a. O. S. 571., v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 300. (250.), Schweppe a. a. O. §. 561.

Proc. Beitr. III. H. 223. not. 116. bemerkt dabei, die Praxis sehe nicht darauf, daß der Beweis binnen 15 Tagen geführt werde.

Zu 2) Bei dem spolium kommt es, wenigstens nach der Meinung Vieler, auf die Nachweisung der gewaltthätigen Besitzentsetzung an, während bei dem jüngsten Besitz auch Besitzstörungen oder jenseitige Besitzhandlungen ohne Gewalt die Klage begründen, und diese durch Anführung wahrer Besitzhandlungen begründet werden muß. Bei dem Spolium kommt es, da nur der Eigenmacht hier entgegengewirkt werden soll, auf die vitia possessionis nicht an, während sie beim poss. summar. allerdings in Betracht kommen, wenn sie in continenti liquid gemacht werden können, s. Mittermaier a. a. O. S. 217.

Zu 3) Daß die Meinung unrichtig sey, als müsse das spolium sogleich in der Klage bescheinigt werden, ergibt sich aus c. 1. de rest. spol. in VIto. (2. 5.)

Zu 4) Man muß hier unterscheiden, ob die Dienste schon dem Vorbesitzer oder erst dem Nachfolger im berechtigten Gute von den Bauern verweigert worden sind. Im ersten Fall geht die dem Vorbesitzer zugestandene Spolienklage auch auf den Nachfolger über, weil er mit dem Gute alle demselben zuständigen Rechte erlangt hat; l. 20. §. 1. D. 41. 1. Von der Spolienklage als einem blos erweiterten interd. de vi gilt eben auch, was von diesem in l. 1. §. 44. D. 43. 16. gesagt ist: et heredi et ceteris successoribus competit. Im zweiten Fall ist es aber erforderlich, daß der Nachfolger bereits selbst im Besitz gewesen seyn muß, nämlich die Dienste von ihm eingefordert und auch willig von den Bauern geleistet worden seyen. Dadurch nämlich, daß er Erbe geworden, hat er nur das Gut und mit demselben das Recht, die Dienste zu fordern, erlangt, nicht aber den wirklichen Besitz der Dienste, nec ei, qui non possidet, auctoris possessio accedere potest. — l. 1. §. 15. D. 47. 4. — l. 23. pr. l. 30. §. 5. D. 41. 2. Sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis; Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 370.

Zu 5) Nur dann, wenn sie sofort liquid gemacht werden kann; Leyser Vol. VII. Sp. 506. Med. 2., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 386., Wernher Select. obs. for. T. I. P. IV. Obs. 111.

Auf Connexität der Spoliensache mit dem intendirten Processe kommt nichts an; s. Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 800. Daß aber die exc. spolii auch gegen einen dritten Besitzer der Sache, wie Manche behaupten, geltend gemacht werden könne, wäre dem c. 18.

l. de rest. spoliat. (2. 13.) entgegen; s. v. Savigny Recht des Besitzes S. 628. not. 1.

Die Frage: ob gegen eine Spolienklage exc. compensationis zulässig sey, ist ohne Zweifel dahin zu beantworten, daß dies dann, wenn es auf eine Restitution in natura ankommt, nicht angehe, wohl aber dann, wenn der Beklagte die hinweggenommenen Gegenstände nicht mehr besitzt, mithin unter den Theilen nur mehr der Ersatz ihres Werths im Streite befangen ist; Seuffert u. Glück Bl. f. R.-Anw. Bd. XIX. S. 414.

Ueber das interd. de clandestina possess. und de precario — von welch' letzterem übrigens zu bemerken ist, daß es wegfällt, wenn man sich vom precario possidens Caution leisten ließ, indem es dann beim Vertrag bleibt, l. 15. §. 3. D. 43. 26. und daß das precarium kein Institut des Civilrechts, sondern nur eine Qualification des Besitzes ist, s. Schweppe a. a. O. §. 576., Puchta Lehrb. §. 396. — ist nächst den bekannten Lehrbüchern vorzüglich zu vergleichen: G. E. Schmidt das commodatum und precarium etc. Leipz. 1841. Der Verf. kämpft gegen die Behauptung in Kritz Samml. v. Rechtsfällen Bd. I. S. 178., daß der Pandectentitel de precario (43. 26.) kein h. z. T. praktisches Recht enthalte, und gegen v. Hagen Abh. über den nach l. 15. §. 4. D. 43. 26. stattfindenden gleichzeitigen Besitz des precario rogans und rogatus. Hamm 1840.

Zu 6) [Das O.-A.-G. zu Celle verneinte die Frage in einem Falle, wo der Spoliant behauptete, die fragliche Handlung in der Meinung einer Berechtigung und unter Assistenz des Vogtes vorgenommen zu haben. Seuffert's Archiv XII. No. 34.]

Zu 7) [Von einigen neueren Juristen ist behauptet worden, daß das Interdikt dem Eigenthümer gegenüber, qui in suo quid facit ausgeschlossen sey, oder — was praktisch auf dasselbe hinauskommt — nur dann stattfinde, wenn der Kläger mit demselben den vollen Beweis seines Verbietungsrechtes verbinde. Wiederhold, die operis novi nunciatio, S. 73 ff., Francke im civilist. Archiv XXVI. S. 362 ff., Heimbach im Rechtslexik. Bd. V. S. 610. Anm. 874. Diesen gegenüber hat sich das O.-A.-G. zu Lübeck mit Schmidt Zeitschr. f. Civilr. N. F. I. S. 343 ff., Sintenis pr. gem. Civilr. Bd. II. §. 124. Anm. 58. Arndts Pand. §. 329. Anm. 3. für die bejahende Ansicht entschieden und auch, daß das Miethverhältniß kein Hinderungsgrund sey, anerkannt (l. 3. §. 3. D. 43. 17. — l. 13. pr. D. 43. 24.) Seuffert's Archiv XV. No. 28.]

Zu 8) [Hallwachs i. Arch. f. prakt. Rechtswiss. VI. S. 225 ff.

führt aus: Insoweit es sich um die Zulässigkeit des Interdikts quod vi aut clam handle (denn der Lehre vom Ususfruct liegt ein erweiterter Fruchtbegriff zu Grunde), betrachte das Röm. Recht (l. 7. §. 5. D. 43. 24. — l. 18. pr. D. eod. — l. 30. D. 50. 16.) nur die zum Abtrieb reife silva caedua im engern Sinne als Frucht, und das Interdikt sey zu ihrem Schutze nicht anwendbar, es müßte denn bei dem Angriffe auf einen solchen Wald der Grund und Boden selbst mitbeschädigt worden seyn. Die silva caedua im engern Sinne dagegen, deren Abtriebszeit noch nicht gekommen ist, sowie jede silva, die in diesem Sinne nicht caedua ist, seyen ebenso wie alle eigentlichen Fruchtbäume als integrirende Bestandtheile des Grundes und Bodens betrachtet und daher durch das Interdict geschützt.]

Kapitel II.

Vom Eigenthum. *)

Inst. II. 1. de rerum divisione. Dig. XLI. 1 de aquircendo rerum dominio. Cod. VII. 25 de nudo jure Quiritium tollendo. Ulpian. XIX. de dominiis et acquisitionibus rerum.

§. 91.

1. Vom Recht der Gebäude.

Wenn wir uns unter Eigenthum die Totalität aller an einem Gegenstand denkbaren Befugnisse oder die rechtliche Möglichkeit ihrer jedes andere Subject davon ausschließenden Ausübung vorstellen, soweit nämlich derselben keine besonderen Schranken gesetzt sind,**) so fragt sich zunächst, welche Schranken durch die Gesetze selbst dem Gebrauch des Eigenthums gesetzt sind? In dieser und sonstiger Beziehung ist zunächst vom Recht der Gebäude zu handeln.

*) Vergl. v. Löhr Magazin f. Rechtswissenschaft Bd. III. S. 483., Westphal Arten der Sachen S. 261., Gesterding ausführl. Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen. Greifswald 1817., Pütter die Lehre vom Eigenthum nach deutschen Rechten. Berlin 1831., Ballhorn-Rosen über dominium. Lemgo 1822., v. Vangerow Leitfaden zu Pandecten-Vorlesungen Bd. I. §. 295.

**) [Ueber die neueren Versuche einer richtigeren Begriffsbestimmung des Eigenthumsrechts s. Girtanner i. Gerber's Jahrbb. III. S. 67 ff., Windscheid Pand. Bd. I. §. 167.]

1) Was für bewegliche Sachen sind im Eigenthum eines Gebäudes zufolge der Pertinenzeigenschaft begriffen?
2) Welchen Einfluß hat das jus soli oder das Eigenthum am Grund und Boden auf das Recht am Gebäude?
2a) Wem steht das Eigenthum an Kirchhöfen zu?
3) Wenn ein Miteigenthümer ein Gebäude auf einem pro indiviso gemeinschaftlichen Grund ohne des Andern Wissen und Willen aufrichtet, was für Recht steht dann dem Letztern zu?
4) In Städten findet man häufig gemeinschaftliche Mauern; sie können es seyn pro diviso oder pro indiviso; welches von beiden hat aber die Vermuthung für sich?
5) Wie weit gehen die Befugnisse eines und des andern Miteigenthümers an einer pro indiviso gemeinschaftlichen Mauer? oder was kann Einer ohne Consens des Andern vornehmen oder nicht?
5a) Was ist die rechtliche Folge, wenn ein einzelner Miteigenthümer Verfügungen, welche ihm gesetzlich nicht zustehen, doch bereits vorgenommen hat?
5b) Wenn ein Miteigenthümer für nothwendige Reparaturen an einer Mauer, welche er irrig für ihm privateigenthümlich hielt, Unkosten aufgewendet hat, steht ihm dann eine Klage gegen den Miteigenthümer auf verhältnißmäßigen Beitrag zu? oder wenn er zwar wußte, daß es eine gemeinschaftliche Mauer sey, sich aber in der Person des Miteigenthümers irrte?
6) Welches sind die Kennzeichen einer gemeinschaftlichen oder einer im Alleineigenthum befindlichen Mauer?
6a) Wie ist zu entscheiden, wenn es an concludenten Kennzeichen fehlt, und kein Theil den Eigenthumserwerb beweisen kann?
7) Wenn eine gemeinschaftliche Mauer der Reparatur bedarf, zu welcher der Nachbar die Zustimmung und Mitwirkung eigensinnig verweigert, was für Rechtsmittel stehen dann den Miteigenthümern zu Gebote?
8) Wie weit geht nach römischen Gesetzen das Traufrecht?
9) Wenn mein Nachbar den gesetzlichen Zwischenraum des Traufrechts überbaut hat, was ist dann die rechtliche Folge?
10) Wie weit sollen Backöfen und Heimlichkeiten von der Grenze des Nachbars entfernt bleiben?

11) Wenn ich gegen meinen Nachbar eine Planke mit einem Wetterdach richte, oder statt einer Planke einen lebendigen Zaun setze, wie weit muß ich dann auf meinem Eigenthum zurückrücken?

12) Ungeachtet des Grundsatzes: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam, ist dem Eigenthümer eines Gebäudes doch nicht Alles in und mit demselben zu thun erlaubt; es fragt sich daher, was für Grenzen der Eigenthumsfreiheit [s. g. Legalservituten] gesetzt sind?

13) Welcher Beschränkung ist der Wiederhersteller eines früher schon bestandenen Gebäudes unterworfen?

14) Was für Rücksichten hat Derjenige zu beobachten, welcher in dem Seinigen einen Brunnen, eine Grube oder einen Keller gräbt?

15) Darf ich dem Nachbar, welchem das Servitutrecht ne luminibus officiatur nicht zusteht, das Licht gänzlich verbauen?

16) Darf ich in der mir zugehörigen Mauer Fenster da, wo vorher keine waren, gegen des Nachbars Hof oder Grund richten?

17) Was ist im R. R. über den nothwendigen Abstand des Hauses bestimmt?

18) Inwiefern ist der Eigenthümer in seiner Willkür, ob er seine Sache in dauerhaftem Stand erhalten oder verfallen lassen will, durch das Nachbarrecht beschränkt? welches Rechtsmittel und mit welchen Wirkungen ist es dem Nachbar gegeben?

19) Sind Windmühlen und Schiffsmühlen den Immobilien beizuzählen?

20) [Können verschiedene übereinander befindliche Theile eines Hausgrundstücks verschiedenen Eigenthümern gehören?]

Zu 1) Man kann unterscheiden: was ist natürlicher Theil einer Sache, und was rechtlicher (Pertinenz)? Wo Cohäsion und beständige Zweckbestimmung zusammentrifft, da wird die Pertinenzeigenschaft gewöhnlich als unzweifelhaft angenommen; l. 38. §. 2. D. 19. 1. — l. 44. D. 21. 2. Eines oder das andere — sagt man ferner — kann sie zwar auch, aber nicht immer und absolut begründen. Diese Merkmale sind daher zur Bildung eines Begriffs nicht

zureichend.*) Indem der Pertinenzqualität die Kraft beigelegt wird, eine Beziehung zwischen zwei verbundenen Gegenständen zu begründen, wodurch die eine den rechtlichen Verhältnissen der andern eo ipso unterworfen ist, setzt man nothwendig ein äußeres oder inneres Band voraus, um sie zu oder mit einem Ganzen zu verbinden, wenn sie als demselben angehörig erscheinen sollen. Dieses Band kann nur in einem Verhältniß der Nebensache zur Hauptsache beruhen. Jene muß demnach in einem außerwesentlichen Nebentheil des Ganzen bestehen. In einem außerwesentlichen deswegen, weil sonst zwischen dem Theil einer Sache und der Pertinenz kein Unterschied, und jene, von wesentlichen Theilen beraubt, kein Ganzes mehr wäre, was doch immer an der Hauptsache vorausgesetzt wird. Aber immer muß doch dieser außerwesentliche Nebentheil auf das Ganze als solches, oder auf den unmittelbaren Zweck desselben in einer perpetuirlichen und gleichmäßigen Beziehung stehen und zu demselben mitwirken. Betrachten wir zunächst

a) die Verbindung mehrerer unbeweglicher Sachen zu einem Ganzen, so kann diese nur auf einem besonderen, an sich willkürlichen Grunde beruhen, welcher sich dadurch offenbart, daß sie als ein Ganzes betrachtet und für einen gemeinschaftlichen Zweck benutzt werden; l. 24. §. 2. D. de leg. I. — l. 20. §. 7. D. 33. 7. — l. 91. §. 3. D. de leg. III.

b) Nicht so willkürlich ist die Begründung der Pertinenzeigenschaft, wenn es sich von der Verbindung beweglicher Dinge zu einem beweglichen Ganzen, oder an sich beweglicher Dinge mit einem unbeweglichen Ganzen handelt. — Wesentlich ist hierbei

1) daß die Beziehung der Nebensache auf die unmittelbare Bestimmung der Hauptsache gerichtet sey, daß sie deren wesentlichem Zweck (und nicht blos den subjectiven Zwecken des Besitzers) diene und dazu mitwirke, z. B. der eingemauerte Kessel auf dem Küchenherd ist Pertinenz des Hauses, weil er zum

---

*) Vergl. die gehaltreiche Abhandl. von Funke, die Lehre von den Pertinenzen. Chemnitz 1827. Daß rücksichtlich der Pertinenzen von Gebäuden die Regel, welche Alles, was Erd-, Wand-, Band-, Mauer-, Niet- und Nagelfest ist, darunter begreifen will, unzuverlässig ist, hat schon Glück Thl. II. §. 178. bemerkt, cf. l. 17. D. 19. 1. Vergl. Kierulff Theorie des Civilr. Bd. I. S. 330 ff., Wächter Handb. des Würt. Privatr. Bd. II. §. 41. und Erörterungen I. S. 37 ff., Beseler System Bd. II. S. 23 ff., Bluntschli deut. Privatr. Bd. I. §. 52., v. Gerber System §. 59. Anm. 2., Unger System d. österr. Privatr. Bd. I. §. 55., Windscheid Lehrb. Bd. I. §. 143.

ökonomischen Gebrauch gehört, l. 38. §. 2. D. 19. 1., nicht so aber der Farbkessel eines Hausbesitzers, welcher darin zufällig das Färbereigewerbe trieb; Leyser Spec. 209. Med. 10. Ejusmodi res magis instrumenti sunt, l. 17. pr. D. 19. 1. — l. 21. D. 33. 7. Die Weinpfähle, die Hopfenstangen sind Zubehör des Weinbergs oder Hopfengartens, weil sie zur Erzeugung des Gewächses dienen, nicht aber die Keltern (Weinpressen), wenn sie gleich erdvest sind, s. Hagemann Landwirthsch. Recht S. 234., Hommel Pertinenz- und Erbsonderungsregister S. 188., Leyser Jus Georgic. Lib. III. cap. 8. no. 24. Mehrere Beispiele s. Glück Thl. II. §. 173.

2) Was zum Wohnungszweck unmittelbar gehört, res perpetuo usui ibi destinatae, z. B. die an der Wand befestigten Bänke und Küchentische, gelten als Zubehör des Hauses, s. Hommel a. a. O. S. 111. und 283., nicht aber, was zu vorübergehender willkürlicher Zierde dient, z. B. festgemachte Spiegel Kronleuchter, Wandblacken, mit Nägeln an der Wand befestigte Tapeten ꝛc. ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur, l. 17. §. 4. D. 19. 1. — l. 245. D. 50. 16. Jalousien rechnet Hommel im Erbsonder.-Reg. s. v. Jalousien nicht zu den Pertinenzen des Hauses, wogegen die Facultät Leipzig in einem Erk. v. J. 1812 sowohl Jalousien als Winterfenster dafür erkannte, denn sie werden zum Gebrauch des Hauses angeschafft, und der Breite und Höhe der Fenster angepaßt, auch die Fensterstöcke zu deren Festhaltung eingerichtet. Daraus, daß solche nur zum Gebrauch dieses Hauses und dieser Fenster, folglich zum beständigen Gebrauch des Grundstücks und dessen Vervollkommnung bestimmt sind, geht zur Genüge hervor, daß sie ipso jure auf den Käufer übergehen, l. 17. §. 7. D. 19. 1. Daß man sie je nach der Jahreszeit herausnimmt, oder einsetzt, ändert hieran nichts, immer bleiben sie integrirende Theile des Hauses; l. 17. §. 10. u. 11. l. 18. §. 1. D. 19. 1. — l. 242. §. ult. D. 50. 16.

3) Die in einem Fabrikgebäude aufgestellten selbständigen Maschinen sind nicht für Pertinenzen desselben zu achten, wenn nicht das Gebäude, welches immerhin dafür erbaut oder besonders eingerichtet seyn mag, mit den darin befindlichen Vorrichtungen dergestalt ein Ganzes bildet, daß Theile des Ersteren zugleich Theile der Letzteren sind, wie dies z. B. bei unsern Mühlen der Fall ist, z. B. der Mühlkanal oder Mühlgraben

ist ein Accessorium der Mühle, s. Hering Tr. et Resp. jur. II. 131., Cancrin vom Wasserrecht II. 156., daher auch der Müller das Schaufelschlagsrecht in demselben ausübt, und Niemand den Platz, wo er es hat, mit Bäumen oder Weiden bepflanzen darf, s. Klingner Sammlung zum Dorf= und Bauernrecht Thl. IV. Kap. IV. §. 12. — Gegenstände, welche in einem solchen Verhältnisse zum Gebäude stehen, wie z. B. das treibende Zeug in den Spinnereien, sind für Zubehör zu achten, weil sie dazu dienen, das Gebäude selbst für seinen unmittelbaren Zweck, also zu einem Spinngebäude, vorzurichten und diesem Zweck in gleichmäßiger Verbindung mit demselben zu entsprechen. — Bei einem Gebäude, welches ausschließend zum Betrieb eines realen Gewerbes bestimmt ist, und mit dem Gewerbsrecht und Allem, was dazu gehört, verkauft wird, kann es nicht darauf ankommen, was befestigt ist oder nicht, sondern was sich zum Gewerbsbetrieb als Theil verhält, z. B. die Bräupfannen in einem Bräuhaus, die Gastbetten in einem Wirthshaus, s. Curtius Handb. des sächsischen Rechts §. 409. u. 411., Glück Thl. II. §. 173. S. 477. f., Dabelow Handb. des gem. Privatr. Bd. I. §. 83. — Beim Verkauf einer Schmiede sind die zur Gewerbsausübung gehörigen und nothwendigen, nach Hinwegnahme vom Immobile unbrauchbaren oder doch verhältnißmäßig werthlosen Werkzeuge und Geräthschaften als Zubehör zu betrachten, s. Gesterding Rechtsirrthümer S. 378., Weiske Handb. des allgem. deutschen Gewerbsrechts §. 283. — Wird ein Schiff mit allem Zubehör verkauft, so sind darin begriffen die Taue, Compaß, Fernrohr, Sprachrohr u. dergl., arg. l. 12. §. 1. D. 33. 7. — Gesterding a. a. O., Scholz das Baurecht §. 87. no. 12.*)

4) Beim Verkauf eines fundus sind die Rechte, welche auf dem Grundstück ruhen, die Instrumente zur Ausübung der Servituten, l. 17. pr. §. 2. 11. D. 19. 1. — l. 47—49. D. 18. 1., die auf dem Grund und Boden befindlichen perpetuirlichen Vorrichtungen, die dazu dienen, einen Theil des Grundstücks für seine Bestimmung einzurichten, als Einzäunungen, Mist=

*) [Allg. D. Hand.-G.-B. Art. 443: „Unter dem Zubehör eines Schiffs sind alle Sachen begriffen, welche zu dem bleibenden Gebrauch des Schiffs bei der Seefahrt bestimmt sind. Dahin gehören insbesondere auch die Schiffsboote. Im Zweifel werden Gegenstände, welche in das Schiffsinventar eingetragen sind, als Zubehör des Schiffs angesehen." Vergl. Art. 711. 712.]

beete, Weinpfähle, die zur Benutzung des Wassers angelegten Brunnen, Pumpen rc. als Zubehör anzusehen, l. 13. §. 31. l. 14. 15. l. 17. §. 7. 8. D. 19. 1. — l. 40. §. 6. D. 18. 1., desgleichen der gewonnene Streu- und Düngervorrath, l. 17. §. 2. D. 19. 1., nicht aber das Gutsinventar, — wenn nicht ausdrücklich fundus instructus versprochen ist — und eben so wenig instrumentum domus, l. 14. D. 33. 10. — l. 12. §. 16. D. 33. 7., denn dergleichen wandelbare Gegenstände dienen dem Gute nicht unmittelbar, sondern dem Besitzer als Werkzeug, l. 2. §. 1. l. 8. pr. l. 17. pr. D. 33. 7. — l. 14. D. 33. 10. — l. 12. §. 16. D. 33. 7.

Zu 2) Die Regel ist: omne, quod solo inaedificatur, solo cedit, §. 30. J. 2. 1. — l. 7. §. 10. D. 41. 1., und zwar ohne Unterschied, ob ich unmittelbar auf dem Boden baue, oder ein schon stehendes Bauwerk überbaue, l. 28. D. 41. 1., immer wird jedoch ein nicht transportables, sondern völlig befestigtes Gebäude vorausgesetzt, l. 60. D. 41. 1. Dieses Princip hat zwar kein praktisches Interesse, wenn Jemand mit eigenem Material auf eigenem Grund und Boden baut, wohl aber, wenn er entweder

a) auf dem Seinigen mit fremdem Material, oder
b) auf fremdem Grund, mit seinem eigenen Material, oder endlich gar
c) auf fremdem Boden mit fremdem Material

baut. Im ersten Fall ist die Folge, daß der fremde Eigenthümer des Materials dieses gleichwohl nicht wider Willen des Hauseigenthümers*) vindiciren darf, so lange das Gebäude steht, sondern sich inzwischen mit der aestimatio dupli abfinden lassen muß, l. 7. §. 10. D. 41. 1. — §. 26. u. 29. J. 2. 1.**) Ob er, wenn er diese erhalten hat, doch alsdann, wenn einmal das Gebäude abgetragen oder zerstört werden wird, auch noch sein eigenthümliches Material vindiciren kann? Dies ist nach §. 29. J. 2. 1. alsdann unzweifelhaft zu

*) [Daß die Bestimmungen der 12 Taf. über tignum junctum der Vertragswillkür unterworfen, d. h. nicht publicae utilitatis causa, sondern zugunsten des dominus aedium gegeben sind und daher der Letztere sich durch Vertrag zur Lostrennung und Herausgabe verpflichten kann, nehmen auch Pagenstecher Lehre v. Eigenthum I. S. 101. und Zaun i. Arch. f. civ. Prax. Bd. 43. S. 306. an.]

**) Als unerheblich wird das gegen die aestimatio in duplum erhobene Bedenken, daß h. z. T. die Klagen auf das Doppelte rc. außer Gebrauch seyen, betrachtet von Höpfner Institt. Comm. §. 320. u. 1127. Uebereinstimmend ist Glück Thl. III. S. 551.

verneinen, wenn der Bauende in bona fide war, z. B. wenn er nicht wußte, daß das verwendete Material ein gestohlenes Gut sey; jedoch dann unbedenklich zu bejahen, wenn er wissentlich fremdes Eigenthum in sein Gebäude verwandte, s. Puchta in Linde's Zeitschrift Bd. XI. S. 338., Höpfner Institt. Comm. §. 320., Donelli Comm. Lib. IV. cap. 33. Neque rei praestatione poenam furti, neque solutione poenae rei praestationem evitare ei liceat. Tenetur et vindicatione et ad exhibendum, non sic tamen, quasi possidens, sed quasi dolo desiit possidere. — Vergl. l. 8. D. 13. 1. — l. 1. §. 2. l. 2. D. 47. 8. [Dazu Jacobi in Gerber's Jahrbb. IV. S. 246. 247. Uebrigens leidet dieses Verbot Anwendung auf alle eigentlichen Gebäude, mögen sie in der Stadt oder auf dem Lande befindlich seyn; s. Zaun i. Arch. f. civ. Prax. Bd. 43. S. 302.]

Im zweiten Fall ist es unbestritten, daß das auf meinem Grund und Boden gesetzte Gebäude unter allen Umständen mir zufällt. Es fragt sich daher nur über etwaige Ansprüche des Erbauers wegen seines Bauaufwands.

a) der b. f. Erbauer hat nach l. 37. D. 6. 1. das jus tollendi, und wenn er im Besitz ist, auch ein Retentionsrecht für Material und Bauaufwand, l. 16. C. 3. 32. — l. 38. D. 5. 3. — §. 30. J. 2. 1. — l. 45. §. 1. D. 19. 1. — l. 7. §. 12. l. 9. pr. D. 41. 1. Ein Forderungsrecht hat er aber deshalb nicht, daher, wenn er auch aus Irrthum das Gebäude übergeben hat, ohne sich wegen seines Bauaufwands zu prospiciren, die Baukosten für ihn verloren sind, l. 7. §. 12. D. 41. 1. Es ist ihm sogar die condictio indebiti versagt, l. 33. D. 12. 6.

b) In Ansehung der Ansprüche eines malae fidei Erbauers walten mehrere Zweifel ob. Es kommt hier auf eine geschickte Combination der unter sich abweichenden gesetzlichen Vorschriften an, §. 30. J. 2. 1. — l. 7. §. 12. D. 41. 1. — l. 37. D. 6. 1. — l. 5. C. 3. 32. — l. 16. C. 3. 32. — l. 38. D. 5. 3. — l. 2. C. 3. 32., um welche vorzüglich Donell. in Comm. Lib. IV. C. 33. §. 25. bemüht war, und welche nach v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 561. u. Sintenis pr. Civilr. Bd. I. §. 50. not. 54. zu dem Ergebniß führen dürfte, daß dem m. f. Erbauer zwar das jus tollendi nicht abzusprechen, l. 5. C. 3. 32. — aber ein Retentionsrecht nicht zuzugestehen sey. Ist indessen das Gebäude zerstört, so darf er seine Materialien wieder vindiciren, wenn er nicht animus donandi gehabt hat, welcher aber wohl nicht, wie unter Andern v. Wening-Ingenheim im

Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. I. §. 139. (§. 56.) behauptet, immer anzunehmen ist.

Im dritten Fall bleibt dem Herrn des Bodens das Gebäude, und der Eigenthümer des Materials hat gegen ihn vor Abtragung des Gebäudes eben so wenig, als im vorigen Fall, Anspruch, sondern nur gegen Denjenigen, welcher sein Material verbaut hat; Struve D. de aedific. privat. jure. Jenae 1752. §. 29.

Zu 2 a) Nach protestantischem Kirchenrecht werden sie nicht, wie vermöge der Consecration nach katholischem Kirchenrecht, den rebus sacris oder religiosis beigezählt, sie gehören vielmehr unter die Gemeindesachen. Nur wenn sich der Kirchhof auf dem mit der Kirche zusammenhängenden Hof befindet, wird er als accessorium derselben betrachtet, welches die Folge hat, daß Derjenige, welcher die Kirche zu unterhalten hat, auch den Kirchhof unterhalten muß, s. Erk. d. O.-H.-G. in Mannheim in den Jahrbüchern v. J. 1834. S. 35. Daraus folgt, daß Derjenige, welcher bisher die Unterhaltungskosten des zugleich als Begräbnißplatz benutzten Kirchhofs als eines Accessoriums der Kirche bestritten hat, weil ihm die Kirchenbaulast oblag, deshalb nicht verbunden seyn kann, die Kosten einer durch Vermehrung der Gemeinde nothwendig gewordenen Erweiterung des Begräbnißplatzes zu tragen; denn die Anlegung und Unterhaltung von Begräbnißplätzen ist regelmäßig nicht Sache des Kirchen-Bauherrn, sondern der Gemeinde. — Vergl. Gräff das Eigenthum an den Kirchhöfen nach französ. und rheinischen Gesetzen Trier 1860.

Zu 3) Wenn er aus eigener Schuld unterlassen hat, zu prohibiren, so kann er auch nicht verlangen, daß das Gebäude wieder abgetragen werde, sondern nur act. communi dividundo wegen des dadurch erlittenen Schadens klagen; geschah aber der Bau, während er durch Abwesenheit oder andere unvermeidliche Ursachen verhindert war, sein Widerspruchsrecht geltend zu machen, dann muß der Erbauer allerdings das Gebäude wieder abtragen, l. 28. D. 10. 3.

Zu 4) Struve de juribus aedificiorum privatorum §. 30. stellt die Präsumtion für paries communis pro diviso auf, unter Beziehung auf Mevius ad Jus Lub. tit. 12. art. 4. no. 4. Vergl. auch Haubold Opusc. acad. II. (1829), p. 387 ff. In den römischen Gesetzen findet sich darüber nichts. Die l. 8. in f. D. 6. 1. sagt blos, daß eine bewegliche Sache nicht pro diviso von mehreren besessen werden könne, wohl aber eine unbewegliche. Die Entscheidung dürfte daher wohl hauptsächlich aus der Beurtheilung der Kunstverständigen über

die Structur der Mauer zu schöpfen seyn, mit Rücksicht auf l. 19. pr. D. 10. 3., duabus massis duorum dominorum conflatis tota massa communis est, etiam si aliquid ex prima specie separatum maneat. Koch de jure viciniae S. 465. nimmt an: wenn die von beiden Seiten in der Mauer angebrachten Fenster oder Löcher oder Schwibbögen über die halbe Dicke der Mauer reichen, so sey die Mauer als pro indiviso gemeinschaftlich, wenn sie aber nur auf halbe Dicke hineinreichen, pro diviso gemeinschaftlich zu erachten. Ist der Grund und Boden, auf welchem die gemeinschaftliche Mauer steht, nicht real abgetheilt, so werden auch von der Mauer keine partes divisae angenommen werden können. Fällt indessen die Entscheidung für eine paries communis pro diviso [vergl. Pagenstecher Lehre v. Eigenthum I. S. 35.], so ist der jedem Einzelnen gehörende Theil als ein für sich bestehendes Ganzes anzusehen, bildet also ein besonderes Rechtsobject, und ein Eigenthümer hat gegen den andern wegen der von diesem vorgenommenen Einrichtungen und Veränderungen keine anderen Klagen und Schutzmittel, als wenn zwei auch äußerlich geschiedene Mauern verschiedener Eigenthümer neben einander ständen. Ist der Fall zu einer negotiorum gestio qualificirt, so wird, wie Ruete in seiner Abh. die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern, Bremen 1843, bemerkt, zwar act. negotiorum gestorum, niemals aber act. communi dividundo von Demjenigen, welcher die ruinos gewordene Mauer wieder aufbaute, gegen den Andern angestellt werden können. Wenn aber die pro diviso gemeinschaftliche Mauer niedergerissen und das Material zur Theilung gebracht wird, so tritt wieder communio pro indiviso ein; dafür entscheidet der in l. 19. pr. D. 10. 3. ersichtliche Grund: „was zuvor bestimmte Grenzen hatte, hat diese nun verloren."

Zu 5) Der allgemeine Grundsatz in Betreff der res communes, welcher in l. 28. D. 10. 3. dahin lautet: „In re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse," leidet in seiner Anwendung auf gemeinschaftliche Mauern nothwendige Modificationen, je nachdem eine Handlung durch absolute Nothwendigkeit geboten seyn kann, oder auch einem wirklichen Interesse der übrigen Eigenthümer gar nicht widerstreitet. Z. B.

a) Der einzelne Theilhaber kann die gemeinschaftliche Mauer auf seiner Seite decoriren, und die kostbarsten Malereien darauf anbringen, nur darf er diese dann, wenn die Wand der Demolition unterworfen ist, nicht höher als gewöhnlichen Abputz an=

schlagen, wenn die Klage wegen drohenden Schadens aus einer Stipulation erhoben wird, l. 13. §. 1. D. 8. 2.

b) Der Einzelne ist berechtigt, die gemeinschaftliche Mauer, wenn sie schadhaft geworden ist, und deshalb Schaden droht, zu reparieren und dem Miteigenthümer die Kosten pro rata in Aufrechnung zu bringen, sofern nur die Schadhaftigkeit von der Art war, daß sie zu den bestimmten Zwecken die Mauer ungenügend machte, und insoweit, als er nicht zu kostspielig baute. Hierzu berechtigt ihn, wenn das beiderseitige Interesse nicht zu trennen war, actio communi dividundo l. 12. l. 14. l. 19. §. 2. l. 22. D. 10. 3., außerdem act. negotiorum gestorum l. 31. §. 7. l. 40. D. 3. 5. — und actio pro socio l. 34. l. 38. §. 1. l. 52. §. 12. l. 65. §. 3. D. 17. 2., endlich l. 32. l. 41. D. 39. 2. de damno infecto, vergl. mit l. 52. §. 12. D. 17. 2. Göschen Vorlesungen über d. gem. Civilr. Bd. I. §. 128. no. 3., Ruete a. a. O., Scherbaum Diss. de pariete communi ejusdemque jure. Argentorati 1747.

c) Selbst zur Niederreißung der gemeinschaftlichen Mauer — jedoch mit der Verpflichtung zu deren Wiederaufbauung in einer ihrer Bestimmung entsprechenden Weise — ist der Einzelne auf gemeinsame Kosten befugt, wenn die Mauer nicht mehr idonea oneribus ferendis war, l. 12. D. 10. 3. — l. 35—37. D. 39. 2. Zwar scheint, wie Hesse in der Abhandlung die cautio damni infecti S. 40. not. 5. annimmt, die l. 8. D. 8. 2. dem gerade entgegenzustehen, indem sie ausspricht: parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum et reficiendi jus non est, quia non solus dominus est — allein es ist wohl mit Grund nach dem Vorgang der Glosse zu l. 12. D. comm. divid. (10. 3.) anzunehmen, daß hier, wo blos von servitutes praediorum urbanorum gehandelt wird, nur gesagt seyn soll, daß diese Befugniß ex jure servitutis nicht zustehe, wodurch die actio pro socio oder communi dividundo nicht ausgeschlossen ist. Dieser Meinung stimmt Ruete a. a. O. auch noch aus dem Grund bei, weil die l. 35—37. D. de damno infecto (welche aus des Ulpianus und Paulus Schriften entlehnt sind, und in denen zugleich des Sabinus Ansicht weitläufig referirt und gebilligt wird) die Frage ganz speciell und ausführlich mit Unterscheidung der verschiedenen möglichen Umstände je nach ihrem Einfluß auf die Beurtheilung erörtern, mithin die Ansicht des Gajus, da die aus seinen Werken ent=

lehnte l. 8. D. 8. 2. nur kurz und allgemein gefaßt ist, zurückstehen müßte. [Emmerich i. d. Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. XVIII. S. 124—126. verwirft den Gedanken an eine Servitut in l. 8. D. cit., versteht vielmehr paries hier von einer lebendigen Hecke (ähnlich: Taxuswand) und will statt resciendi gelesen wissen: resigendi; bei solchen Hecken sei kein Demolitionsinteresse, wie bei Mauern, denkbar.]

d) Es ist dem Einzelnen erlaubt, eine Privatbadstube an der gemeinschaftlichen Mauer anzulegen, sofern nur nicht durch häufigen Gebrauch eine beständige Feuchtigkeit, welche der Mauer schaden könnte, die Folge davon ist; l. 19. pr. D. 8. 2. — desgleichen einen Backofen, insofern die Wand durch die Hitze nicht leidet, l. 27. §. 10. D. 9. 2. — ferner

e) ein Gewölbe an die gemeinschaftliche Mauer zu legen, wenn dieses nur auch ohne die Mauer ruhen kann, und etwaiger Reparatur der letzteren nicht hinderlich ist, s. Ruete a. a. O.

f) Ist die Mauer ad onera ferenda bestimmt, so muß es auch jedem Miteigenthümer erlaubt seyn, Balken einzulassen; l. 12. D. 10. 3. — l. 52. §. 13. D. 17. 2. — l. 35. l. 40. §. 1. D. 39. 2., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. R. Bd. I. §. 62. §. 129. no. 4.

Wo nun der im Eingang zur vorliegenden Frage 5. bemerkte Grund für ein ausnahmsweises Erlaubtseyn der Verfügungen des Einzelnen nicht eintritt, da bleibt es bei der oben ausgedrückten Regel. Auch in Bezug auf sie finden sich Exemplificationen in den Gesetzen, indem außer dem allgemeinen Verbot jeder einseitigen Veränderung, Neuerung oder sonstigen Verfügung an oder mit der gemeinschaftlichen Mauer nach l. 26. l. 27. D. 8. 2. — l. 11. D. 8. 5. — l. 28. D. 10. 3. oder deren Belastung mit einer Dienstbarkeit l. 2. D. 8. 1. insbesondere untersagt ist, Wasser= und Rauchröhren an oder gar in die Mauer zu legen, l. 13. pr. l. 19. pr. D. 8. 2. — nichts in dieselbe zu immittiren, seyen es Balken, Haken, Nägel oder was sonst, wenn die Mauer nicht die Bestimmung ad onera ferenda hat, mithin das immittere dazu erforderlich ist, l. 27. pr. D. 8. 2. nicht Fenster, Luken, Thüren, Nischen oder Aushöhlungen, überhaupt Löcher in der gemeinschaftlichen Mauer anzubringen, l. 40. D. eod. — l. 28. D. 10. 3. Verboten ist ferner ein projectus in den Luftraum der Mauer, l. 27. pr. D. 8. 2., worunter auch der Fall begriffen ist, wenn die Mauer sich um $^1/_2$ Fuß oder mehr in die Luftsäule des Andern hineinbiegt, l. 17. pr. D. 8. 5. Ist aber solches Ueberbiegen der ge=

meinschaftlichen Mauer die Folge zu starker Belastung von Seite des Miteigenthümers, so kommt es gar nicht weiter darauf an, ob es 1/2 Fuß oder auch weniger ausmacht; l. 17. pr. D. 8. 5. [Glück Thl. X. S. 72. Gegen ihn s. Emmerich, welcher i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. XVIII. S. 127. den projectus paries in l. 17. D. cit. nicht als eine gesenkte, sondern als eine hineingebaute Wand versteht.] Verboten ist es auch, einen Ofen an eine gemeinschaftliche Mauer dergestalt zu setzen, daß diese durch die Hitze leidet, l. 27. §. 10. D. 9. 2., sowie auch auf der gemeinschaftlichen Mauer höher zu bauen, l. 13. pr. l. 27. §. 1. D. 8. 2.

Zu 5 a) Die über res communes überhaupt entscheidenden l. 11. D. 8. 5. — l. 3. §. 1. D. 39. 1. — l. 27. §. 1. D. 8. 2. — l. 28. D. 10. 3. bezeichnen als Folge des gesetzlichen Verbots das Prohibitionsrecht des andern Miteigenthümers. Diesem fügt die letztere Gesetzesstelle noch bei: hat er aber von diesem keinen Gebrauch gemacht, so sind zweierlei Fälle möglich; entweder er hat selbst eingewilligt, oder nicht. Im ersten Fall versteht es sich von selbst, daß er hinterher nicht mehr widersprechen könne; im andern Fall aber kommt es darauf an, ob er anwesend oder abwesend war. War er anwesend, dann berechtigt ihn der verspätete Widerspruch nicht, auf Demolition des opus zu dringen, er kann nur auf Schadenersatz klagen. War er abwesend, so ist der einseitige widerrechtliche Disponent schlechthin zur Hinwegnahme dessen, was er aufgerichtet oder eingerichtet hat, verbunden. Dies ist der klare natürliche Sinn der l. 28. D. 10. 3., welche gleichwohl Glück im Commentar Thl. XI. S. 137. ganz anders und gewiß unrichtig exponirt, wie aus einer Vergleichung des Urtextes und der Glück'schen Paraphrase von selbst augenfällig wird.

Das Gesetz lautet:

> Sed etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quodsi quid, absente socio, ad laesionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur.

Glück sagt statt dessen Folgendes:

> „Hat ein Theilhaber gegen den Willen der Uebrigen eine Aenderung gemacht oder machen lassen, so kann er deshalb nicht nur keinen Kostenersatz von den übrigen fordern, sondern er kann auch zur Wiederherstellung des vorigen Zustands angehalten werden. Hat hingegen ein Fremder eine Veränderung gemacht, und ein

Theilhaber, der solches allein verhindern könnte, hat solches geschehen lassen, so kann dieser zwar zur Wiederherstellung nicht gezwungen aber mit dem judicio communi dividundo auf Ersatz des Schadens belangt werden."

Der von Glück allegirte Hofacker theilt mit ihm nur den ersten Satz: ut id, quod prohibente socio novum factum est, in pristinum statum debeat restitui, s. Princ. jur. civ. P. III. §. 3068. D. Mit Recht tadelt Ruete a. a. O. S. 27. den ersten Theil der Glück'schen Behauptung, weil sie nur in so weit wahr sey, daß in den Fällen, wo ein prohibere der übrigen Theilhaber factisch unmöglich oder juristisch unzulänglich blieb, oder wo es im Interesse aller Theilhaber liegt, daß die Neuerung unterbleibe, cf. l. 13. §. 1. D. 8. 2. die Wiederherstellung des vorigen Zustands gefordert werden könne, der zweite Theil aber ganz verwerflich sey, weil die Voraussetzung, daß ein Fremder die Neuerung an einer dritten Personen gemeinsamen Sache unternommen habe, der angeführten Gesetzesstelle ganz fremd ist.

Der Begriff des prohibere wird in l. 1. §. 5—11. l. 3. pr. l. 11. §. 5. l. 13. §. 1. l. 20. §. 1. D. 43. 24. dahin bestimmt: prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve jactantis prohibendi gratia. Unter den Begriff von Neuerungen und Verfügungen an der gemeinschaftlichen Mauer fallen übrigens nicht die mittelbaren Beschädigungen, wie z. B. die Errichtung einer Badstube an der gemeinschaftlichen Wand, durch welche diese eine beständige Feuchtigkeit erleidet, denn solches muß natürlich sogleich gänzlich beseitigt werden, l. 19. pr. D. 8. 2.

Zu 5b) Im ersten Fall steht ihm nach strengem Römischen Recht keine Klage, sondern nur eine auf den dolus generalis gestützte Retentionseinrede zu, Ruete a. a. O. S. 65. Im zweiten Fall hat er gegen den wirklichen Mittheilhaber dieselben Rechte für Expensen und Impensen, welche er gegen ihn, wenn er statt des vermeintlichen ihn als seinen Genossen vor Augen gehabt hätte, hätte geltend machen können; cf. l. 6. l. 14. §. 1. l. 29. pr. D. 10. 3.

Zu 6) Wenn eine Mauer zwischen zwei Häusern die beiderseitigen Balken trägt, oder nur von der Einen Seite eingelegte Balken nur bis in die Mitte der Mauer und nicht weiter reichen, s. Koch de jure viciniae S. 465. (was aber ein sehr unsicheres Zeichen ist, da ja die Einlegung von Balken nicht blos ex jure condominii, sondern auch jure servitutis statt haben kann) oder wenn die Mauer auf

beiden Seiten mit Mauerlöchern und Blindfestern versehen ist, Michaelis Baurecht Kap. II. §. 3. u. 4. oder beide Nachbarn Fenster darin haben, welche durch die ganze Mauer gehen, und welche Jeder von dem Seinigen aus öffnen kann, oder beide Pechpfannen daran haben, oder Ringe und Haken, um Stangen daran zu legen, arg. l. 6. D. 8. 2., so wird die Mauer als eine gemeinschaftliche erkannt; so auch, wenn die Traufe des Mauerdachs auf beide Seiten geht. Umgekehrt gilt sie als Alleineigenthum Dessen, der im Besitz ist, seine Balken allein und ganz über die Mauer zu legen, oder beschriebener Maßen Fenster u. dergl. darin zu haben, oder ihm dienende Vorrichtungen, z. B. eine Ableitung, einen Schornstein, Pferdetränke, Wassertrog darin hat.

Wenn die Mauer an einem Hause unten stärker ist, als in der Höhe, oder Pfeiler daran gemauert sind, so wird vermuthet, daß die Mauer dahin gehöre, auf wessen Seite sich solches befindet. Desgleichen wenn eine hervorragende Mauer unter des Einen Dach steht, oder zum Schutz gegen den Regen mit Ziegeln oder einem Wetterdach belegt ist, so wird vermuthet, erstenfalls, daß sie Dem gehöre, unter dessen Dach sie steht, oder anderfalls dem, gegen welchen das Wetterdach liegt und wohin der Tropfenfall geht, ingleichen, daß Derjenige der Eigenthümer einer Mauer sey, welcher ein Vorderdach hat, das mit seinen Armen oder Balken auf der Mauer ruht. Auch Wappen und bezeichnende alte Inschriften können als Beweismittel dienen, arg. l. 2. l. 7. D. 50. 10. — l. 1. C. 2. 16., Koch a. a. O. S. 467., Michaelis Baurecht, Kap. II. §. 2.

Eine Vermuthung für ausschließendes oder einseitiges Eigenthum des einen Nachbars entsteht auch, wenn die eine Seite rauh, die andere aber es nicht ist. Dann wird nach einem alten, weit verbreiteten Herkommen, welches wohl jedem Maurer bekannt ist, das Eigenthum der Mauer demjenigen Nachbar zuerkannt, auf dessen Hofraith oder Grundstück sich die rauhe Seite befindet. Sind beide Seiten glatt, oder befinden sich auf beiden Seiten dieselben Rauhheiten, z. B. Mauerpfeiler, so streitet die Präsumtion für eine gemeinschaftliche Mauer. Nach denselben Grundsätzen, nach welchen die zwischen zwei Grundstücken stehende Mauer Demjenigen als Eigenthümer zuerkannt wird, auf dessen Seite sich die Traufen, Kragsteine, Steinläufen, Bogen, Pfeiler, Schäfte befinden, s. Hommel Rhaps. obs. 301. §. 16. und dessen Pertinenzregister von Zaun und Wand; Oesterreichisches Gesetzb. §. 857., Allgem. preuß. Landr. Th. I. Tit. 8. §. 154. 159., Vitruv. de architectura Lib. II. c. 8. spricht die Vermuthung bei hölzernen

Wänden, Planken, Vormachungen und Einfriedigungen dafür, daß Derjenige der Eigenthümer der Planke sey, auf dessen Seite die Köpfe der Nägel sich befinden; Hommel a. a. O., Sachsenspiegel Buch II. Art. 50., s. überhaupt die empfehlenswerthe Monographie von Ruete, die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern nach röm. Recht, Bremen 1843. Von selbst versteht sich übrigens, daß diese Vermuthungen den Beweis des Gegentheils eben so wenig, als abweichende specielle, provincielle, örtliche Vorschriften ausschließen; Scholz das Baurecht §. 65—67., Weiske Handb. d. allg. d. Landwirthschaftsrechts §. 86.

Zu 6a) Dann wird sie im Zweifel für gemeinschaftlich gehalten; l. 19. D. 10. 3.

Zu 7) Er kann nach bewirktem gerichtl. Augenschein die Ausbesserung vornehmen und die Besserungskosten durch die act. pro socio oder communi dividundo fordern, l. 52. §. 10. D. 17. 2. — l. 12. D. 10. 3., Michaelis a. a. O. Kap. II. §. 7. und wenn er sie in 4 Monaten nicht erhält, so hat er die Wahl, die Erstattung der Halbscheid zu prosequiren, oder sich die Mauer im Alleineigenthum zuerkennen zu lassen; l. 4. C. 8. 10. — l. 32. D. 39. 2. — l. 52. §. 10. D. 10. 3. — Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß die Eigenschaft einer gemeinschaftlichen Mauer unbezweifelt sey. Derjenige, welcher den andern Nachbar nach erfolgtem Einsturz der ihre Besitzungen scheidenden Mauer aus dem Grund, weil sie des Andern privates Eigenthum sey, auf Wiederherstellung derselben belangen will, muß beweisen, daß die Mauer des Beklagten Eigenthum sey; s. Schmidt nachgelassene Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 17.

Zu 8) Der Nachbar, auf dessen Seite ich das Traufrecht habe, muß sich mit Bauen auf 2 Fuß von meinem Gebäu entfernt halten; l. 14. D. 8. 2.*) l. 13. D. 10. 1.

Zu 9) Er muß dann, wenn ich versäumt habe, zu prohibiren, den Tropfenfall und dessen Ableitung auf sein Gebäude übernehmen; l. 20. §. 6. D. 8. 2. — Michaelis a. a. O. Kap. IV. §. 6.

Zu 10) Häufig wird eine Entfernung von 3 Fuß statuirt; s. Hil-

---

*) Das den Häusern zustehende Traufrecht gilt von der gegen die Straße oder einen öffentlichen Platz gerichteten Seite der Häuser, s. Weiske skeptisch-prakt. Behandlung einiger civilr. Gegenstände S. 92. — Einer Grenzmauer könnte dasselbe eigentlich nicht zugeschrieben werden, eben weil sie schon auf der Grenze selbst steht, s. Weiske a. a. O., allein geradezu läßt sich das nicht von jeder Mauer annehmen, sie kann ja prope viam stehen, s. Hommel Rhaps. Obs. 301. §. 6.

debrand D. de legit. praed. spatio §. 6., Michaelis Baurecht S. 40. §. 4., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 388. Im Allgemeinen muß das Gutachten der Bauverständigen über die Bedingungen der Unschädlichkeit bei Anlegung von Latrinen, Mistgruben, Backöfen und Feuerstätten entscheiden, s. l. 17. §. 2. D. 8. 5., Glück Thl. X. S. 133. u. 137. §. 673. — Für die Entfernung von 3 Fuß führt Glück a. a. O. die ausführliche Verordnung im Harmenopulus Manuale legum Lib. II. tit. 4. no. 78. in Betreff der Latrinen und Dungstätten an, womit der Sachsenspiegel Buch 2. Art. 51. und das sächs. Weichbild Art. 122. übereinstimmen.

Irrig ist es wohl, wenn Leyser Sp. 107. M. 6. aus dem Grund, weil die Römer keine solchen Cloaken hatten, wie wir, folgert, daß gemeinrechtlich die Entfernung vom Nachbar der Tiefe der Cloake nach l. 13. D. 10. 1. gleich seyn müsse. Die Römer kannten allerdings auch die Latrinen, s. Glück a. a. O.

Zu 11) Wenigstens 2 Fuß weit, damit nicht der Tropfenfall den Grund meines Nachbars belästige oder in die Wurzeln und Zweige meiner Hecke eindringe; l. 13. D. 10. 1., Michaelis a. a. O.

Zu 12) Bekanntlich ist das germanische Recht der natürlichen Freiheit in Bausachen weit mehr entgegen, als das römische Recht, s. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VI. S. 78., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. no. 1., Schröter vermischte Abhandl. zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. II. S. 145. Das Socialprincip, auf welchem das Wohl aller Gemeinheiten beruht, hat der Baupolizei ein eigenes Gebiet hier eröffnet, und nach dem Grundsatz, daß das öffentliche Recht dem Privatrecht vorgeht, findet letzteres eine unumstößliche Schranke in der Polizeigesetzgebung, welche h. z. T. durch ihre Vorschriften über den Bau der Häuser in Beziehung auf Zwischenraum, Höhe, Form u. dergl.*), an die Stelle ähnlicher Bestimmungen in Cod. VIII. 10. de aedificiis privatis tritt.**) Aber auch auf dem Rechtsgebiete finden wir, obgleich im Eigenthumsrecht die Freiheit liegt, Luft- und Lichtöffnungen nach Belieben zu machen und auf eigenem Boden in beliebiger Form und Höhe zu bauen, l. 9. D. 8. 2. — l. 24. §. ult. D. 39. 2. — l. 151. D. 50. 17., Hagemann prakt. Erört. Bd. VI. S. 78. doch auch manche Beschränkungen, z. B.

*) Mehrere solche Gesetze einzelner Länder und Städte s. Erlabeck D. de juribus aedificiorum. Altdorf 1760.

**) Dahin gehört auch l. ult. C. 11. 29., wonach die area eines durch Nachlässigkeit des Besitzers eingefallenen Hauses dem Staat anheimfiel, desgl. l. 52. D. 18. 1. — l. 41. §. 1. l. 114. §. 9. D. de legat. I. (30.)

a) was **Gemeingut** ist, wie Luft, Licht, Wasser, darf keiner dem Andern ganz entziehen. Daraus folgt unter andern (s. Fr. 15.), daß man der Dreschtenne des Nachbars den Luftzug nicht benehmen darf. l. ult. §. 1. C. 3. 34. — Analog gilt dies auch zum Besten einer Windmühle gegen Anlegung zu hoher Gebäude, welche ihr den Wind entziehen würden; s. **Gründler** Polemik d. germ. Rechts Th. II. S. 430., v. **Bülow** und **Hagemann** prakt. Erörter. Bd. I. no. 4., Bd. IV. no. 1. u. 2., **Stryck** Usus mod. Pand. Lib. 39. tit. 4. §. 494., **Pufendorf** Obs. jur. univ. T. IV. Obs. 232. §. 494., **Hering** de molendinis eorumque jure. qu. 43. u. 44. A. M. ist **Westphal** de libertat. et servitut. praediorum. P. II. L. 3. no. 8.*) Nach preußischem Recht ist die 12fache Breite des Windfangs der bestehenden Windmühlen als diejenige Distanz angenommen, welche bei Anlegung einer neuen Windmühle gegen die älteren Windmühlen zu beobachten ist, s. v. **Kamptz** Annalen Bd. VI. S. 422. — Wenn auf einem öffentlichen Platz, welcher dem gemeinen Gebrauch dient, ohne obrigkeitliche Erlaubniß oder über deren Grenzen hinaus von einem Privaten eine Vorrichtung gemacht wird, so kann jeder andere Private, welchem dadurch irgend ein Vortheil, z. B. Mitgebrauch, Zugang oder Aussicht entzogen wird, auf deren Entfernung dringen; **Puchta** Pand. §. 400.

b) Eine andere Begrenzung liegt in dem Grundbegriff von Rechten, welcher nothwendig ein Interesse voraussetzt, daher Niemand ohne allen andern Zweck, blos um dem Andern zu schaden, bauen darf; Nov. 63. c. 1. — l. 3. D. 50. 10. — cf. l. 1. §. 6. 12. l. 2. §. 9. D. de a. et a. pl. arc. act. (39. 3.), **Strube** a. a. O., **Gaill** Obs. 69. no. 17., worüber nach Beschaffenheit der Sachen auf Gutachten der Bauverständigen provocirt werden kann; s. **Strube** a. a. O., doch wird nicht schlechthin erfordert, daß der Bauende einen eigenen vernünftigen Zweck habe, er kann auch einem Andern einen Vortheil ver-

*) Eine Entscheidung des A.-G. in Leipzig ging dahin: Windmüller können nicht ohne weiteres gegen Eisenbahninhaber klagen, weil diese den Windzustrom hinderten, oder Staub- und Wirbelwind verursachten; l. 14. C. 3. 34. kann, weil sie das Eigenthum beschränkt, nicht ausdehnend angewendet werden, **Mittermaier** deutsch. Privatr. §. 296. d. 6. Ausg. Eine Concession zum Mühlgewerbe ertheilt nur das Recht zum Betriebe, nicht Garantie für Fortdauer natürlicher Erforderniße; **Biener** Op. II. p. 82.

schaffen wollen, und dann kann der Dritte, welcher dabei verliert, nicht sagen, daß es ihm zum Tort geschehen sey; s. Strube a. a. O. §. 37.

c) Man kann auch mittelbar in die Sphäre des Andern hinüberschweifen, aber dies kann eben so wenig als rechtmäßig gelten. In dieser Hinsicht bestimmt l. 8. §. 5. 6. D. 8. 5. in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat. So darf man nicht durch eine Vorrichtung den Rauch auf die Besitzung des Nachbars leiten, auch keinen ungewöhnlichen, dem Nachbar schädlichen Rauch erzeugen. Ueber die Erklärung der l. 8. §. 5. cit. sind zwar die Rechtsgelehrten nicht einig. Einige behaupten, nicht der gewöhnliche Rauch vom eigenen Feuerheerd, sondern nur derjenige, welcher außergewöhnlich als Folge von Gewerbsapparaten dem Nachbar zuströmt, gebe diesem ein Recht zum Widerspruch; s. Spangenberg im civilist. Archiv Bd. IX. S. 265., Thibaut System d. P.-R. §. 701. (Ed. 8.) Pagenstecher Lehre v. Eigenth. I. Abth. S. 121. Andere legen das Gewicht schlechthin auf das Wort immittat., und statuiren daher, daß nur das positive Hineinlassen oder Leiten nicht erlaubt sey, außerdem aber das Erregen eines Rauchs auf eigenem Boden und das damit verbundene blos naturgemäße Verbreiten und zufällige Hinüberziehen desselben in die Luftsäule des Nachbars nicht verhindert werden könne, mithin darauf, ob der Rauch ein gewöhnlicher oder außergewöhnlicher sey, nichts ankomme; s. Elvers allgem. jur. Zeitung v. J. 1828. no. 117. S. 466., vergl. Gesterding Nachforschungen Bd. III. S. 398., Funke Beiträge no. 3., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 385. (s. jedoch dagegen Bd. VIII. Abth. 2. S. 65. der Fortsetzung dieses Werks von Spangenberg). Hartitzsch in den Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 337. behauptet, der Rauch möge dem Nachbar durch Vorrichtungen zugeführt werden oder nicht, so habe dieser ihn niemals zu dulden, wenn sein Besitzthum nicht neben, sondern über dem andern, d. i. höher gelegen und wegen seiner Lage und Nähe dem Rauch auf dessen Gebrauch störende Weise ausgesetzt ist.*) — Wenden wir uns aber an die einschlagenden

*) Es heißt nämlich leg. cit.: Aristo respondit, non putare se, ex taberna casearea fumum in *superiora aedificia* immitti posse. Unter aedificia kann wohl nicht, wie Spangenberg im civilist. Archiv Bd. IX. p. 266. meint, das obere Stockwerk desselben Hauses, sondern des Nachbars

Gesetzstellen l. 8. §. 5—7. D. 8. 5. selbst, so finden wir zwei Dinge für unzulässig erklärt, nämlich das künstliche Hinüberleiten des Rauchs auf des Andern Besitzthum, und die Erzeugung eines außergewöhnlichen den Nachbar nothwendig belästigenden und beschädigenden Rauchs oder schädlicher Dünste; s. Gesterding a. a. O.*) Dieses geht besonders aus §. 5.

höher gelegenes oder über die taberna casearea vorragendes Gebäude verstanden werden. Der tiefer liegende Nachbar hat natürlich nie Ursache, sich zu beschweren, Funke a. a. O.

*) Die nachtheiligen Einwirkungen einer Gasfabrik durch Ueberströmen des Steinkohlenrauchs und der ammoniakalischen Dämpfe rc. veranlaßten einen Nachbar, die actio negatoria zu erheben und zu bitten: daß Beklagter die bezeichnete Gasbereitungsanstalt von ihrem gegenwärtigen Standpunkte auf eigene Kosten zu entfernen, oder wenigstens die Steinkohlenfeuerung und die Bereitung von Gas in derselben gänzlich einzustellen habe. Vom O.-A.-G. in Dresden (s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1849. no. 26. S. 203.) wurde die Klage für begründet erachtet, und auf Beweis des Klaggrunds erkannt. Gründe: die l. 8. §. 5. 6. 7. D. 8. 5. berechtige den Nachbar, ein durch besondere Veranstaltungen zu einem außergewöhnlichen Zweck herbeigeführtes Eindringen des Rauchs aus dem Nachbargrundstücke, woraus ihm zugleich ein erheblicher Nachtheil erwächst, nicht zu dulden. Das im §. 5. cit. enthaltene Verbot der immissio fumi hat zwar nur den Fall vor Augen, wenn von einem niedriger gelegenen Grundstück der nach allgemeinen Naturgesetzen der Regel nach in die Luft sich erhebende Rauch auf das höher befindliche Grundstück einströmt, — aber der Grund des Verbots paßt eben so gut bei neben einander gelegenen Grundstücken. [s. Pagenstecher Lehre v. Eigenthum Abth. I. S. 119.]

Es wird übrigens vorausgesetzt, daß das Zuströmen des Rauchs eine in der gewöhnlichen Benützung des Grundstücks hinderliche, und sonach als positiver Schade sich darstellende Belästigung mit sich bringe, l. 26. D. 39. 2.

Die angeführten Gesetzesstellen deuten zwar hinsichtlich der Frage, ob nur ein durch künstliche Vorrichtungen auf das Nachbargrundstück geleiteter, oder auch ein durch die Richtung des Windes, mithin mehr zufällig dahin getriebener Rauch die Negatorienklage begründe, mehr auf ersteres (verb. fumum immittere und vermöge der Schlußworte des §. 6.), indessen schließt dies doch eine analoge Anwendung auf die Fälle nicht aus, wo der Eigenthümer des Grundstücks, von welchem der Rauch in Folge eines besondern Apparats in ungewöhnlicher Masse aufsteigt, demselben zwar freien Lauf läßt, und keine besonderen Anstalten trifft, um ihn dem Nachbargrundstück zuzuführen, das Einströmen des von der Luftströmung fortgeführten Rauchs aber auf das letztere so regelmäßig und ununterbrochen erfolgt, oder wenigstens in so kurzen Zwischenräumen sich wiederholt, daß erheblicher Schaden daraus entsteht. — Der Kläger hatte hiernächst sich auch über die durch die Gasbereitungsanstalt gleichfalls angeblich herbeigeführte Inficirung des Wassers der auf seinem Grundstück befindlichen Brunnen mit schädlichen, die Benützung des Wassers hindern-

l. cit. hervor, wo der Fall behandelt ist, da der Bewohner des oberhalb gelegenen Gebäudes sich gegen den Besitzer der niedrigeren taberna, welcher darin Käse räucherte, beschwert hat, und letzterem solches außer dem Fall eines Servitutrechts nicht zugestanden wurde, obgleich der Rauch sich da nicht durch künstliche Leitung, sondern naturgemäß zu dem höheren Gebäude zog. Es war aber eine außergewöhnliche Raucherzeugung und nur wegen eines fumus non gravis wird in §. 6. leg. cit. keine Klage gestattet. Fragt man, was in solchen Fällen polizeilich oder Rechtens ist, so darf man wohl mit Spangenberg a. a. O. annehmen, daß es Polizeisache sey, insofern das Geschäft oder das opus des Nachbars blos die Sinne unangenehm oder gar schädlich afficirt, Rechtens aber, wenn der Nachbar etwas Körperliches, wie Rauch, Staub, Materialabfälle, Dämpfe u. dergl. dem Andern zuführt.

[Eine in neuerer Zeit durch das Eisenbahnwesen wichtig gewordene Frage ist, ob der einer Eisenbahn benachbarte Gebäudeeigenthümer sich die Störungen und bezieh. Beschädigungen gefallen lassen muß, welche dem Gebäude durch die Wiederholung der Bodenerschütterung zugefügt werden. Vergl. Kuntze, das jus respondendi (1858), S. 18—20. und in Schletter's Jahrbb. IV. S. 200., Koch, Dentschlands Eisenbahnen (1860) II. Abth. S. 478. und Anlageband S. 346 ff. Im Gegensatz zur Mittelinstanz verneinte das O.=A.=G. zu Dresden obige Frage, mit Bezug auf l. 24. §. 12. D. 39. 2. „si tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit." Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XVI. S. 433 ff. Nach denselben Grundsätzen ist von demselben Gerichtshof auch da erkannt worden, wo das senkrechte Abstechen eines Abhangs

---

den Stoffen beschwert, welche aus den Gruben und Cisternen, worin die zu Bereitung des Gases nöthigen Flüssigkeiten enthalten wären, und aus den Gasleitungsröhren in den Boden eindrängen, und sich dort mit dem Brunnenwasser verbänden. In dieser Beziehnng sagen die Entscheidungsgründe, daß die Immission flüssiger Körper, welche nachtheilig auf das benachbarte Grundstück einwirken, eben so wenig gestattet sey, als die von festen Körpern, s. l. 3. pr. D. 39. 3. si tamen aquam corrivet, vel si spurcam immittat, posse eum impediri; cf. l. 3. §. 3. D. eod. In l. 19. pr. D. 8. 2. u. l. 13. l. 17. §. 2. D. 8. 5. wird die Negatorienklage für begründet erklärt, wenn aus der Miststätte eines Grundbesitzers oder seinen beschädigten Kanälen, oder seinen warmen Bädern auf das Nachbargrundstück zufällig demselben schädliche Feuchtigkeiten eindringen, s. Francke im civilist. Archiv Bd. XXI. no. 1. S. 32.

dicht an der Grenze die nächsten Erdschichten des Nachbarfeldes mit dem Einsturz bedrohte; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1857. No. 4., und ebenso vom O.-A.-G. zu Jena, in dem Falle, da ein Büchsenmacher durch die bei seiner Arbeit mit Schraubstock und Amboß hervorgebrachte Erschütterung in dem anstoßenden Gebäude Risse erzeugt hatte. Wochenbl. f. m. Rechtsf. 1841. S. 149. 157.]

So darf man auch nicht Steine auf eigenem Grund und Boden bauen, wenn die Splitter in das Eigenthum des Nachbars fallen, l. 8. §. 5. D. 8. 5., kein protectum (Wetterdach) errichten, welches über des Andern Haus ragt, l. 29. §. 1. D. 9. 2. oder sein Dach so weit erstrecken, daß der Tropfenfall auf des Andern Grund geht, l. 21. §. 2. D. 43. 24. oder unter des Andern Grund graben, l. 24. l. 26. D. 39. 2. — l. 29. §. 1. D. 9. 2.

[Daß wegen unangenehmer, selbst wegen ungesunder Sinnesaffektionen durch das Nachbarsgewerbe keine negatoria actio zustehe, behauptet Pagenstecher Lehre v. Eigenth. I. Abth. S. 120. wegen l. 2. §. 29. D. 43. 8. jct. l. 17. §. 2. D. 8. 6.; die Abhülfe gehöre ins Polizeirecht. Civilrechtlich könne der Nachbar die abscheulichste Musik machen (vergl. Seuffert's Archiv XII. No. 123.: Gewerbsbetrieb mit ungewöhnlichem Lärm), die schlechtesten Gerüche erregen, die schreiendsten und blendendsten Farben seinem Hause verleihen; nur dürften, was die Gerüche anbelangt, die Gase nicht dem Wachsthum der Pflanzen (vergl. Seuffert's Archiv VIII. No. 346., IX. No. 218., XI. No. 14. 114.) oder der Gesundheit des Viehstandes schaden. — Allein wie das Gas, so läßt sich auch der Geruch (freilich mit der Schranke: minima non curat Praetor), d. h. das den Geruchsinn affizirende und bezieh. schädliche Oelfluidum, z. B. vom Guano, unter den Gesichtspunkt der immissio bringen. Ein Wohnhaus, neben welchem eine Guanofabrik etablirt wird, verliert seinen Vermiethungswerth, und wird sich solchenfalls leicht ein Maaßstab für die dem Wohnhauseigenthümer treffende Einbuße finden lassen (dies gegen Pagenstecher's Bedenken a. a. O., Anm. 2.) Vergl. Seuffert's Archiv XIV. No. 113. und Buchka-Budde Entscheidungen IV. No. 37. — Zweckmäßige Grundsätze stellt v. Keller Pandekten §. 113. auf. Daß das Ueberfliegen von Funken eine immissio sei, leidet keinen Zweifel: Seuffert's Archiv XIII. No. 235. und XIV. No. 208.]

d) Nach einem uralten deutschen Gewohnheitsrecht steht jedem Besitzer einer Mauer, um eine Reparatur an der eigenen Wand derselben vorzunehmen, der Hammerschlag*) und das Winkelrecht zu, vermöge dessen er seine baufällige Mauer innerhalb des Winkels herzustellen befugt ist, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 149., Prosch die Rechte der Nachbarn S. 471.

e) Besondere Dispositions-Beschränkungen des Eigenthümers von Häusern und Grundstücken sind aus den verschiedenen Arten des meist deutschrechtlichen Näherrechts entsprungen, welche eine ältere Staatskunst geschaffen, die neuere meist verworfen hat, daher diese Retractsrechte nur noch auf Particularrechten beruhen können, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 99. Vom gesetzlichen Verkaufsrecht des dominus emphyteuseos, s. l. ult C. de jure emphyt., dem lehenherrlichen nach II. F. 9. und anderen im R. R. begründeten Arten des juris protimiseos, s. Glück Thl. XVI. §. 993.

Zu 13) Für diesen Fall findet sich eine — jedoch, wie Hagemann in den prakt. Erörter. Bd. VI. S. 81. not. 9. versichert — selten in Gebrauch stehende baupolizeiliche Vorschrift in l. 12. §. 1. C. 8. 10.**) ut, qui proprias domus renovare cupiunt, non solum veterem formam non excedant, aut lumen vel prospectum auferant adversus ea, quae pridem constituta sunt. Man ist indessen über die Bedeutung dieser Gesetzstelle nicht einig. Manche verstehen sie blos von dem Fall, da in Ansehung der vorigen Form des Gebäudes ein bestimmtes Recht des Nachbars vermöge einer Servitut oder gesetzlichen Vorschrift bestanden hat, s. Glück Thl. X. S. 115., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 342. not. 3.; allein hätte da das Gesetz nicht etwas ganz Ueberflüssiges gesagt? In den Cons. Tubing. Vol. VI. no. 10. §. 40. wird der Satz in suo solo cuilibet liberum esse, pro lubitu et pro arbitrio aedificare *et aedificii formam* immutare, etsi aedificando in suo

---

*) [Ueber das Hammerschlagsrecht (auch im engern Sinne als „Leiterrecht" vorkommend) s. Prosch die Rechte der Nachbarn, S. 76. 77., Seuffert's Archiv V. No. 107., Beseler System II. S. 105. und Pagenstecher Lehre v. Eig. I. S. 117 ff.]

**) Eine lex restituta, welche durch die folgende glossirte l. 13. bestätigt, deren Gesetzkraft daher wohl nicht zu bezweifeln ist, s. v. Bülow Abhandl. Th. II. Abth. 2. S. 276., Westphal de libertat. et servit. praed. §. 108., Selchow Electa jur. Germ. pag. 46. n. 61., Boehmer novum jus controvers. T. II. pag. 544.

alteri noceat aus der l. 9. D. de S. P. U. begründet, allein diese handelt nicht von Reädification, sondern nur von Aufführung neuer Gebäude. Für jene scheint daher doch die Vorschrift der l. 12. cit., se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere, eine Beschränkung der Baufreiheit zu bezwecken, wofür auch l. 1. C. 3. 34. u. l. 11. pr. D. 8. 2. zu sprechen scheinen. Unter den Worten: quae pridem constituta sunt, wäre wohl gemäß, l. 1. C. 3. 34. longi temporis consuetudo zu verstehen, s. Pfeiffer prakt. Ausführung Bd. IV. S. 9.

Zu 14) Wenn Glück Thl. IV. §. 319. den Satz aufstellt: „wenn ich auf meinem Eigenthum einen Brunnen — wo nämlich vorher keiner stand — grabe, und dadurch dem Brunnen meines Nachbars das Wasser entziehe, so kann er deswegen keinen Schadenersatz von mir fordern," so sind doch neben diesem dem Wasserrecht entnommenen Grundsatz auch die für das Baurecht bestehenden eigenthümlichen Gesetzesvorschriften zu berücksichtigen; l. 13. D. 10. 1. sagt unter andern: Wenn Jemand ein Grab oder eine Grube gräbt, so muß er so viel Zwischenraum, als sie Tiefe hat, lassen, wenn einen Brunnen, eine Klafter Breite. Nach l. 24. §. ult. D. 39. 2. darf ich, wenn ich einen Keller grabe, dem Nachbar nicht so nahe kommen, daß dessen Gebäude im Fundament Schaden leiden kann [vergl. oben zu Fr. 12. sub c)], und wenn ich ihn unter eine öffentliche Straße baue, so muß ich ihn so verwahren, daß die darüber Passirenden nicht hineinfallen können; arg. l. 28. D. 9. 2. — l. 6. C. 11. 6. — l. 21. §. 2. D. 43. 24. Wer einen Zaun längs einem fremden Grundstück setzt und in die Erde gräbt, darf die Grenze nicht überschreiten, wenn eine Mauer, so lasse er einen Fuß, wenn aber ein Haus, zwei Fuß Zwischenraum; l. 13. D. 10. 1. Wenn aber die römischen Baugesetze nicht, wie Manche annehmen, s. Michaelis a. a. O. Kap. IV. §. 8., Eisenhart Diss. ad. l. 13. D. fin. reg. h. z. T. buchstäblich anwendbar sind, so bleiben sie es doch im Princip, und was die Entfernungen und Zwischenräume betrifft, so sieht man in Ermanglung von Local-Baustatuten und Observanzen auf das Gutachten der Sachverständigen; Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. S. 388., Glück Thl. X. S. 133.

Zu 15) Auch wenn der Nachbar kein Servitutrecht darauf erworben hat, muß ich ihm doch so viel Licht übrig lassen, daß dessen Bewohner sehen können, und darf ihm das Licht nicht ganz verbauen. Gesterding in der Ausbeute von Nachforsch. Th. III. S. 453. will zwar von gar keiner Beschränkung hierin wissen, weil die l. 12. §. 1.

C. de aedif. priv. nicht glossirt sey, und die l. 10. in f. D. 8. 2. nur von einem besonderen Fall rede, allein es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, deren Ausspruch blos auf den veranlassenden Fall zu beschränken, vergl. das zu Fr. 12. lit. a. Gesagte. — l. 30. D. 7. 1. — Michaelis Baurecht Kap. VI. §. 2., Hagemann a. a. O. Bd. VI. S. 78.

Zu 16) Hinsichtlich dieser Streitfrage scheint die bejahende Meinung vorzuherrschen, welche sich darauf stützt, daß die l. 40. D. 8. 2. solches nur in einer gemeinschaftlichen Mauer verbietet, und daß außerdem die servitus ne prospectui et ne luminibus officiatur, s. l. 15. D. 8. 2. ganz überflüssig wäre; Glück Thl. X. §. 670., Struve a. a. O. §. 32., Michaelis a. a. O. dagegen die entgegengesetzte Meinung durchaus nicht mit der l. 8. §. 5. D. 8. 5. zu vereinigen wäre, wonach jeder in seinem Eigenthum Alles vorzunehmen berechtigt ist, quaetenus nihil in alienum immittat. Indessen hat neuerlich Fahne vom Fenster- und Lichtrecht nach römischem, gemeindeutschem, preußischem und französischem Recht, Berlin 1825. auszuführen sich bemüht, daß das Lichtschöpfen — wozu die Fenster nur als Mittel dienen — auch im eigenthümlichen Gebäude nicht immer jure dominii begründet werden könne. Wenn ich nämlich mein Gebäude dicht an die Grenze setze, so will ich damit den über dem Grundstück meines Nachbars befindlichen Raum gewinnen, um Licht und Luft dadurch einzunehmen, was ich naturrechtlich nicht, sondern nur servitutweise erlangen kann. Dieser Ansicht, welche der Verf. durch einige Stellen aus Harmenopolus unterstützt, sind deutschrechtliche Gewohnheiten und Statuten häufig entsprechend. In den meisten Städten besteht ein Fenster- oder Lichtrecht, welches die natürliche Freiheit beschränkt, nach Willkür Fenster anzulegen, welche gegen des Nachbars Hof oder Grundstück gehen, diesem aber auch, wo sie hergebracht sind, die Freiheit entziehen, solche durch Aufführung von Gebäuden zu verdunkeln; s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 183., Runde deutsch. Privatr. §. 275., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 185., Pfeiffer prakt. Ausführung. Bd. IV. no. 1., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 169. T. II. in Append. Beruht solches Recht auf Gewohnheit, so muß diese freilich erst erwiesen werden; denn außerdem kann er dem Nachbar nicht die Freiheit zur Aufführung eines Nebengebäudes, wodurch seine Fenster verdunkelt werden, verhindern; Erk. d. O.-A.-G. zu Jena in Seufferts Archiv Bd. VI. H. 1. S. 24. Der Richter kann es nur dann als bestehend annehmen, wenn ihm mehrere Fälle vorgelegt werden, in welchen es zur Anwendung gekommen ist; l. 34. D. 1. 3. —

cf. l. 3. C. 8. 10. Praeses provinciae, probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. Er darf aber auch in solchen Baustreitigkeiten dem Urtheil der Bauverständigen, wie in Grenzstreitigkeiten den mensores, ein nicht geringes Gewicht beilegen. Besteht nun eine solche Observanz, durch welche die Anlegung von Fenstern in der eigenen Wand beschränkt ist, so wird durch die observanzwidrige Anlegung eine servitus fenestrarum auszuüben begonnen, und durch 10jährigen Bestand vollständig erworben seyn, und wenn der Besitzer an die Stelle des vorigen ein neues Gebäude aufführen wird, das Fensterrecht in eben dem Maße pro modo et numero von ihm geltend gemacht werden können; arg. l. 20. §. 2. D. 8. 2. — So erkannte das herzoglich Braunschweig'sche Landesgericht zu Wolfenbüttel, s. Sammlung interessanter Aufsätze Bd. I. S. 71. Braunschw. 1837. Aehnliche Beschränkungen finden sich dort auch in der Art, daß Fenster, welche gegen des Nachbars Grundstück gerichtet sind, 6 Fuß hohe Brüstungen haben und mit eisernen in Entfernung von höchstens 8 Zoll in senkrechter und wagrechter Richtung sich durchkreuzenden Stäben vergittert seyn müssen, vergl. übrigens unten Kap. III. §. 115. Fr. 12.

Zu 17) Die l. 12. §. 2. C. 8. 10. — l. 13. D. 10. 1. — l. 14. D. 8. 2. bestimmt einen Zwischenraum von 12 Fuß bei praediis urbanis und 2 Fuß bei praediis rusticis, s. Weiske skeptisch-prakt. Behandlung einiger civilr. Gegenstände S. 83. ꝛc. So weit mußte demnach der Erbauer sein Haus von der Grenze seines Eigenthums zurücksetzen. Die Verschiedenheit der deutschen von der orientalischen Bauart scheint zwar der Anwendbarkeit dieser Bestimmung bei uns entgegen zu stehen, jedoch wird nicht ohne Grund von Bülow in den Abhandlungen über einzelne Materien des bürgerlichen Rechts Th. II. S. 279. angenommen, daß der Anwendbarkeit auf Hinter- und Nebengebäude nichts entgegenstehe, vielmehr die feuergefährliche Annäherung und Anhäufung der den Löschanstalten weniger zugänglichen Hintergebäude zu aller Zeit diese Fürsorge erfordere.

Zu 18) Der Eigenthümer eines Schaden drohenden opus manufactum, sowie jeder Andere, welcher ein dingliches Recht daran hat, kann auf Refection und allenfallsige Cautionsleistung wegen des besorglichen Schadens mittelst einer act. in factum belangt werden. Aus der Cautionsleistung, welche Jeder fordern kann, welcher seine von Gefahr bedrohte Sache nicht widerrechtlich hingestellt hat, l. 13. §. 11. D. 39. 2. folgt dann eintretenden Falles ohne weiteres die Entschädigungs-Verbindlichkeit, l. 9. pr. D. 39. 2. Widerrechtliche Verweigerung der

Caution berechtigt zu den Zwangsmitteln der Immission ex primo et secundo Decreto, l. 5. pr. l. 15. §. 16. 23. 33. l. 44. §. 1. D. 39. 2. Bemerkenswerth ist, daß die Entschädigungs-Verbindlichkeit auch dann eintritt, wenn die Klage auf Caution wenigstens präparirt und nur durch unvermeidliche Hindernisse zurückgehalten war; l. 9. pr. D. 39. 2. civil. Archiv Bd. VIII. S. 158. Ist dieses alles zwar h. z. T. mehr Polizeisache, so sollten doch immer die leitenden Grundsätze beobachtet werden.

Zu 19) Sie gelten als Pertinenzen des Grund und Bodens, gehören demnach zu den Immobilien, wie Walch in controv. jur. civ. pag. 114. §. 2. gegen Carpzov P. III. Const. 24. Def. 8. ausführt, s. auch Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. Obs. 40. §. 3. Die Mühlengerechtigkeit wird als obrigkeitlich concessionirtes Realgewerbe betrachtet und die Windmühle hängt auch mit dem Boden zusammen. Auch Schiffmühlen gelten dann für Immobilien, wenn zu deren Anlegung ein gewisser Ort angewiesen worden ist, welchen sie nicht verändern dürfen; Scholz Baurecht §. 69., Glück Thl. II. §. 173. a. E.

[Bluntschli deut. Privatr. §. 57. No. 3. nimmt an, es komme vor, „daß verschiedene Stockwerke oder Wohnungen (s. g. Herbergen) eines Hauses verschiedene Eigenthümer haben." Complicirte Verhältnisse dieser Art finden sich namentlich auch in folgenden Gestalten: Das Recht unter einem fremden Hause einen Keller zu haben (s. Struben, Rechtl. Bedenken Bd. IV. No. 158., Seuffert's Archiv VI. S. 197.); das Recht, im Erdgeschoß eines fremden Hauses ein als Verkaufslokal dienendes Gewölbe zu benutzen (Seuffert's Archiv IV. S. 174); das Recht, in einem fremden Hause Fleischbänke (Schirnen) zu halten (Seuffert's Archiv IX. S. 347). — Daß schon bei den Römern ähnliche Verhältnisse vorkamen, zeigt l. 3. §. 7. D. 43. 17., s. dazu v. Savigny, R. d. Bes. §. 23. S. 331 ff. — Solche eigenthumsähnliche Rechte Dritter an einzelnen Räumlichkeiten eines fremden Gebäudes faßten, wie von Zaun i. Arch. f. civ. Prax. Bd. 43. S. 223 ff. ausgeführt wird, die Römer als superficiarische Rechte auf, und dieselben hielten solche Verhältnisse nur dann für zulässig, wenn die berechtigten Dritten die Räumlichkeit ohne ständige Berührung mit den anderen Räumlichkeiten und ohne Behelligung der Bewohner derselben zu benutzen im Stande sind. In diesem Sinne und mit diesen Beschränkungen will Zaun a. a. O., S. 226. die oben aufgeführten Rechte erklären und zulassen: „Da bei diesen Berechtigungen regelmäßig von einem herrschenden Grundstück nicht die Rede ist, da dieselben der Regel nach durchaus als selbständige, den liegenden Gütern zuzurechnende Rechtsobjecte behandelt werden,

welche in den öffentlichen Büchern eigene Bezeichnungen führen, und unabhängig von dem Rechte am Hause selbst veräußert und verpfändet zu werden pflegen (in Uebereinstimmung hiermit das Lübecker Erkenntn. in Seuffert's Archiv IX. No. 264): so wird der Regel nach weder der Begriff der Personal- noch der Realservituten anwendbar seyn. Vielmehr müssen diese Rechtsverhältnisse entweder als besondere deutschrechtliche Gerechtsame, oder als superficiarische Rechte aufgefaßt werden, und da sich jene Eigenschaften bei der letztern Auffassung aus dem Begriff der superficies von selbst ergeben, so trage ich kein Bedenken, der letztern Auffassung den Vorzug einzuräumen." Zaun gibt übrigens zu, daß Rechte an einzelnen Räumlichkeiten von Häusern auch als eigentliche Realservituten vorkommen können.]

---

§. 92.

2. Vom Wasserrecht.

Dig. XXXIX. 3. de aqua et aquae pluviae arcendae. Cod III. 34. de servitutibus et aqua. Cod. XI. 42. de aquaeductu. Dig. XLIII. 20. de aqua quotidiana et aestiva. Dig. XLIII. 21. de rivis. Dig. XLIII. 22. de fonte. Dig. XLIII. 12. de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur. Dig. XLIII. 13. ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit. Dig. XLIII. 14. ut in flumine publico navigare liceat. Dig. XLIII. 15. de ripa munienda.

Die heutige Anwendbarkeit des R. R. in dieser Materie wird zwar sehr bezweifelt, nicht sowohl Privaten den Privaten, als besonders dem Staat gegenüber. Die vom Staat einmal occupirte Sphäre bleibt nun freilich dem R. R. verschlossen, außerdem aber machen dessen Bestimmungen auch h. z. T. die Regel aus, wenn die Frage über das Eigenthum der Inseln, Alluvionen und des Flußbettes entsteht, vergl. Eichhorn Einl. in das deutsche Privatr. §. 269., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. no. 12., Köchy civil. Erörter. Bd. I. S. 71., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 41. tit. 1. §. 18—22.

Abschnitt 1. Rechte und Pflichten im Allgemeinen.

1) Wie weit geht die Dispositionsbefugniß des Grundeigenthümers über das in seinem Grund entspringende Wasser?
2) Allgemein wird gelehrt: die größten Flüsse, besonders die schiff- und flößbar zu machenden, sind öffentliches Eigenthum,

die kleineren können, wie auch die Bäche Privateigenthum seyn. Dabei fragt sich nun zuerst: welche Flüsse sind öffentliche Flüsse? dann

a) ob unter der Bezeichnung „öffentliches Eigenthum" ein Regal- oder Staatseigenthum oder ein Gemeingut zu verstehen sey?

b) ob an den Privatflüssen und Bächen ein eigentliches Privateigenthum Einzelner, oder ein Gesammteigenthum der Adjacenten, oder nur ein gemeinschaftlicher Gebrauch derselben anzunehmen sey?

3) Bekanntlich können auch an größeren Flüssen besondere ausschließende oder den gemeinen Gebrauch hindernde Nutzungsrechte durch Verleihungen — welchen der unvordenkliche Besitz gleich steht — von Privaten erworben seyn, welche dann eben so, wie die Verleihung von niederen Regalien überhaupt zu beurtheilen sind, und von welchen daher der Grundsatz zu gelten scheint, daß sie wie jedes wohlerworbene Recht nur gegen Entschädigung zu weichen haben, s. Eichhorn a. a. O. §. 267. u. 268. Indessen wird es doch öfters in Frage gezogen, ob der Staat sich durch solche Verleihungen jeder im öffentlichen Interesse zu treffenden Verfügung über einen öffentlichen Fluß, durch welche Mühlen oder Wässerungs-Anlagen oder Fischereien Eintrag geschieht, begeben habe, ob er z. B., wenn er ein bisher nicht schiffbares Wasser zu einem schiffbaren Fluß macht, oder wenn er eine neue Concession zu einer industriellen Anlage ertheilt, durch welche eine früher ertheilte ihre Nutzbarkeit ganz oder zum Theil verliert, Entschädigung zu leisten verbunden ist, desgleichen, ob die an einem öffentlichen Flusse oder Bache liegenden Mühlen-, Schleußen- oder Fischereibesitzer ein Widerspruchsrecht gegen eine vom Staat einzurichtende Holzflößerei haben?

4) Wir nehmen als unbezweifelt an, daß der Grundeigenthümer mit dem auf seinem Grund und Boden entspringenden Wasser unbeschränkt durch unterhalb gelegene Mühlenbesitzer, denen das Wasser durch seinen Verbrauch entzogen wird, disponiren könne;*) wie aber, wenn er als Eigenthümer zweier Mühlen die unterhalb liegende verpachtet hat?

---

*) [Pagenstecher Lehre v. Eigenth. I. S. 132. führt unter Berufung auf Estor bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit Hptst. 60. §. 2386., v. Bülow u.

5) Bekanntlich kann der Eigenthümer des tiefer liegenden Grundstücks*) nicht solche Einrichtungen treffen, wodurch das Wasser gehindert wird, seinen natürlichen Lauf über dasselbe zu nehmen, sondern muß dies als ein incommodum naturae oder vitium soli dulden, l. 1. §. 1. u. 2. 10. 22. l. 3. pr. §. 1. u. 2. l. 6. D. 39. 3.; wie aber,

a) wenn von Alters her auf dem oberhalb gelegenen Grundstück ein nicht von Natur, sondern durch Menschenhände gebildeter Graben oder dergleichen Schutzanstalt bestanden hat, wodurch das unterhalb gelegene Grundstück vor dem Zuströmen des Wassers bewahrt war, der Besitzer des ersteren aber jene aufhebt oder den Graben einebnet, kann der Besitzer des letzteren dann gleichwohl auf die Wiederherstellung klagen?

b) desgleichen, wenn ein auf des Nachbars Grundstück befindlicher, das meinige vor dem Wasser schützender Damm nur von Natur gebildet war und mit der Zeit verfallen oder durch Naturgewalt zerstört worden ist?

Hagemann prakt. Erört. Bd. I. (2. Aufl.), No. 3. u. Erk. des O.-A.-G. zu Dresden (s. Seuffert's Archiv II. No. 8. 9.) aus: „Wir haben, dem praktischen Bedürfnisse gemäß, eine Modifikation der römischen Theorie dergestalt zu behaupten, daß das aus dem solo cedere fließende Privateigenthum über solche Gewässer die Befugniß, dieselben zurückzuhalten, insoweit nicht mehr als eine vollkommene enthält, als dasselbe Gewässer unterhalb liegenden Grundstücken Dritter Vortheil bringt; sondern daß in solchen Fällen eine Ausgleichung der Interessen stattfinden muß; daß ferner das Mühlengewerbe hier einen durch das gemeine Bedürfniß berechtigten Vorzug hat, unter mehrern Mühlen also, ohne Rücksicht auf höhere oder tiefere Lage, und nach richtigerer Ansicht auch wohl ohne Rücksicht auf ihr Alter (s. dagegen Schurpf ed. 1612. cent. III. cons. 38, 2.), wiederum Ausgleichung eintreten muß, so jedoch, daß der Obermüller, wenn sonst nicht gemahlen werden kann, das Wasser periodisch ansammeln darf, wodurch die Interessen der tieferen Mühlen selbst eher mit gewahrt, als verletzt erscheinen." Vergl. dazu Kuntze in Schletter's Jahrbb. IV. S. 200. u. Bluntschli Deut. Privatr. §. 78. No. 2.]

*) Nämlich desjenigen, welches von dem natürlichen Lauf des Wassers betroffen wird; denn nicht schlechthin jedes tiefer liegende Grundstück ist das Wasser aufzunehmen verpflichtet. Nimmt aber der Eigenthümer des natürlich belasteten Grundstücks widrige Vorkehrungen vor, so kann Derjenige, welchem dadurch das Wasser widerrechtlich zugeführt wird, sowohl gegen den eigentlichen Störer der natürlichen Ordnung, als auch wenn dieser ein entfernter ist, gegen seinen unmittelbaren Obernachbar, durch welchen ihm zunächst das Wasser zugeführt wird, nach eigener Wahl klagen; l. 6. pr. D. 39. 3., Elvers allg. jur. Zeitung v. J. 1828. no. 117. S. 477.

6) Kann der höher Gelegene vom Besitzer des tiefer liegenden Grundstücks verlangen, daß dieser auf seine Kosten den an diesem sich fortziehenden natürlichen Wasserweg (z. B. Fluß oder Bach) oder den von Menschenhand angelegten Graben, um Stemmung des Wassers zu verhüten, reinige, oder nur daß er dem Ersteren gestatte, denselben zu reinigen?

7) Worauf kann der Besitzer des niedriger gelegenen Grundes gegen den Besitzer des höher gelegenen klagen, wenn dieser ihm das Wasser durch künstliche Vorrichtungen auf eine beschädigende Weise zugeführt hat?

8) Wenn die Gesetze in Bezug auf die von Alters her für den Wasserablauf bestehenden Einrichtungen sagen: vetustatem vim legis tenere, was für ein Zeitraum ist darunter zu verstehen?

9) Wenn durch Uferrisse oder Verschlemmung des Wasserbettes an meinem anliegenden Grundstück eine Ueberschwemmung entstanden ist, können mich die Angrenzer zur Wiederherstellung des Ufers und Reinigung des Wasserbettes zwingen?

10) Ist der Uferbesitzer befugt, seine Uferseite zu erhöhen?

11) Wenn ein Teich seinen Damm durchbricht, haben die Besitzer der dadurch überschwemmten Grundstücke deshalb einen Entschädigungsanspruch gegen den Besitzer des Teichs?

12) Wenn der Besitzer des höher gelegenen Grundstücks dem niedriger gelegenen das Wasser nicht künstlich zuleiten darf f. l. 1. §. 9. 10. l. 24. §. 1. l. 2. §. 5. l. 3. §. 2. l. 23. §. 2. Dig. 39. 3., so fragt sich, ob, wenn dieses dadurch geschieht, daß Jener seinen Acker der Länge nach pflügt, oder in demselben Wasserfurchen zieht, der tiefer liegende Grundbesitzer ein Klagrecht darauf hat, daß Jener seine Ackerfurchen in die Quere ziehe, oder der Wasserfurchen sich ganz enthalte?

13) Wenn ein opus manufactum ursprünglich keine Veränderung des Wasserlaufs bewirkt hat, solche Wirkung aber gleichwohl in der Folge dadurch entsteht, daß Naturereignisse eine Veränderung der Verhältnisse herbeiführten, kann dann Derjenige, welcher dadurch mit Schaden bedroht ist, auf die Hinwegnahme dringen?

14) Wenn der unterhalb gelegene Grundbesitzer in seinem Grund Wasseradern öffnet, wodurch die Folge entsteht, daß der

oberhalb Gelegene das zuvor gehabte Wasser verliert, kann Letzterer gegen Jenen mit Wirksamkeit klagen?

15) Wem liegt die Unterhaltung einer gemeinen Brücke ob?

16) Wer hat die Last der Unterhaltung der Ufer (Uferbauten) und wer die Wasserbauten, oder die Arbeiten, welche in und an Flüssen und Bächern zur Leitung der Strombahn, Wegschaffung schädlicher Inseln und Landzungen ꝛc. erforderlich sind, zu bestreiten?

17) Unter welchen Bedingungen sind die Anlieger des Ufers auch zu neuen, ihre Grundstücke schützenden Anlagen berechtigt?

18) Welche Benützungsbefugnisse stehen den Uferbesitzern an den durchfließenden oder vorüberfließenden kleinen Flüssen oder Bächen zu? Desgleichen an den Meeresufern und Küsten?

19) Binnen welcher Zeit verjährt das interd. ne quid in flumine publico?

Zu 1) Unstreitig ist der Eigenthümer des Grundes auch Eigenthümer der daraus entspringenden Quelle; denn sie ist portio fundi, l. 11. pr. D. 43. 24., Bluntschli Deut. Privatr. §. 75. No. 5. Daraus folgt seine unumschränkte Befugniß, das durch Natur oder Kunst auf seinem Boden zu Tage geförderte Wasser zu jedem beliebigen Zweck zu gebrauchen, wenn auch dadurch das Wasser verdorben und sonach der Abfluß (z. B. von Walkmühlen), welcher dem Nachbar zugeschickt wird, unbrauchbar wird; er kann das Wasser auch gänzlich verbrauchen, ohne etwas davon seinem Nachbar zufließen zu lassen, l. 6. l. 10. C. 3. 34., Meurer vom Wasserrecht S. 188., gleichwie er das auf sein Grundstück gefallene Regenwasser durch zu treffende Vorrichtungen abzulaufen verhindern kann. Wenn es in l. 3. pr. D. 39. 3. heißt: si tamen aquam corrivat, vel si spurcam quis immittat, posse eum impediri plerisque placuit, so ist dies dahin zu verstehen, daß der Eigenthümer der Quelle das Wasser nicht ohne rechtlichen Zweck verunreinigen darf; Du Prel Sammlung bayerischer Rechtsfälle Bd. V. S. 195. u. 223. Er hat freie Befugniß, sein Wasser einem Andern abzutreten, l. 6. l. 10. C. 3. 34. und kann nicht unbedingt angehalten werden, das Publicum unentgeltlich aus seiner Quelle Wasser schöpfen zu lassen, vergl. Lassaulx Annalen der Gesetzgebung Napoleons Bd. IV. S. 179. Er kann dadurch, daß er auf seinem Grundstück einen Brunnen gräbt, seinem Nachbar zufällig das Wasser entziehen, ohne daß dieser ihn deshalb in Anspruch nehmen könnte,

l. 24. §. 12. D. 39. 2. — l. 1. §. 12. l. 21. D. 39. 3. — l. 6. C. 3. 34. — Beschränkt in seiner Verfügung ist er nur hinsichtlich des Wasserablaufs dadurch, daß sein Angrenzer, welcher vermöge seiner tieferen Lage von dem Wasser getroffen wird, nur den natürlichen Ablauf zu dulden schuldig ist, daher diesem eben so wenig, als den weiter folgenden Besitzern, erlaubt ist, durch Dämme das Wasser zurückzustauen, oder das Bette, welches das Wasser sich selbst gebildet hat, oder auch einen seit der Verjährungszeit bestandenen Graben zu verändern, l. 7. C. 3. 34. — l. 1. §. 8. D. 43. 13. cf. l. 2. pr. D. 39. 3., wogegen aber der Eigenthümer der Quelle auch nicht durch ein opus manufactum einem Andern das Wasser zuführen oder von ihm ableiten und abstauen, überhaupt keine positive Veränderung des Wasserlaufs vornehmen darf, was besonders auch durch das nicht naturgemäße Anhäufen des Wassers (corrivare aquam) geschähe, l. 1. §. 1. 2. 10. 13, 22. l. 3. pr. §. 1. 2. l. 6. D. 39. 3. cf. l. 8. §. 5. D. 8. 5. Um so mehr ist es auch den nachfolgenden Adjacenten des Wassers verboten, ihren Nachbarn das ihnen von Natur zufließende Wasser durch Stauschleußen oder andere Abdämmungsmittel zu entziehen, l. 3. §. 1. D. 43. 20.

Dem Grundsatz, daß anderseits der Eigenthümer der Quelle nicht gezwungen werden kann, den Nachbarn das Wasser zukommen zu lassen, wenn er es selbst verbrauchen will, wenn sie nicht einen besondern Rechtserwerb oder eine servitus aquaeductus gegen ihn erweisen können, steht nicht entgegen l. 7. C. 3. 34. Si manifeste doceri possit, jus aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur, providebit — denn dieses Gesetz setzt ein jus aquae (entweder also Servitut oder Concession) und ein auf fiscalischem Boden entsprungenes Wasser voraus, wie es denn auch im tit. Cod. de servitut. seinen Platz hat; v. Savigny System Bd. IV. S. 205. not. y., Brinz in Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 193. Vielmehr entscheidet bei Privatwassern l. 6. C. 11. 42. für die vorgetragene Meinung, s. Gesterding im civilist. Archiv Bd. III. S. 63. und Kori ebend. Bd. XVIII. S. 42., Zu-Rhein u. Sartorius merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 76. Eben so wenig steht entgegen l. 2. C. 3. 35. (de leg. Aquil.) quin etiam si aqua per injuriam alio derivata sit, ut in priorem statum restituatur, ejusdem judicis cura impetrabis; denn eine injuria konnte nur einem wirklich Berechtigten zugefügt werden, und die hier in Rede stehende act. leg. Aquil. stand nur einem Eigen=

thümer oder Demjenigen zu, welcher ein jus in re hat, s. Funke im civilist. Archiv Bd. XII. S. 292. rc. Demnach steht auch der Grundsatz fest: daß der Eigenthümer des tiefer gelegenen Grundstücks dadurch, daß das auf dem obern Grundstück entsprungene Wasser lange oder seit unfürdenklicher Zeit zu ihm herabgeflossen ist, darauf kein Recht gegen Entziehung desselben begründen könne. Solus aquae decursus per se nullam praescriptionem inducit. Cons. 58. de aqua. no. 7., Roä Reuter Wasserrecht Abth. II.

Eine servitus aquaeductus kann der Besitzer des tiefer gelegenen Grundstücks auch damit, daß er die längste Verjährungszeit hindurch mittels einer auf seinem Grund getroffenen Vorrichtung das abfließende Wasser benützt habe, nicht begründen; denn dabei kann immer noch die Freiheit des oberhalb gelegenen Grundbesitzers, das Wasser für sich zu benützen oder abfließen zu lassen, l. 1. §. 21. l. 3. §. 2. D. 39. 3. bestehen. Nur durch eine an des Letzteren Grundstück angebrachte Vorrichtung könnte eine Leitung des Wassers oder aquae ducendae jus verjährungsweise erworben werden, s. Strippelmann Entsch. des O.=A.=G. zu Kassel Th. I. no. 36., Schäffer in Linde's Zeitschrift N. F. Bd. VI. S. 186. u. Bd. IX. S. 406., Funke im civilist. Archiv Bd. XII. S. 291. Quell= und Regenwasser sind übrigens in dieser Beziehung nach gleichen Grundsätzen zu behandeln; l. 9. D. 8. 3. — l. 28. D. 8. 2., Schneider in Linde's Zeitschrift Bd. V. S. 327. Mehreres über diese Materie s. Schneider a. a. O. Th. V. S. 325., v. Langenn und Kori Erörter. Bd. II. no. 12., Graf v. Trautmannsdorf prakt. Nivellir=Unterweisung mit Beziehung auf die Wiesen=Bewässerungsgräben. Prag. 1836., Romagnosi Abhandl. v. Wasserleitungsrecht nebst Fragmenten aus dessen Privatwasserrecht, übers. v. M. Niebuhr. Halle 1840., Elvers' Themis, N. F. Bd. I. S. 413—553.

Zu 2) Unstreitig sind alle schiff= und floßbaren Flüsse öffentliche Flüsse;*) nicht schiff= und floßbare Flüsse können nicht als Staatseigenthum vermuthet,**) wohl aber dann als öffentliche Flüsse anerkannt werden, wenn dafür der Ursprung auf öffentlichem Grund, der Gebrauch und zugleich die Eigenschaft einer aqua perennis spricht, welcher übrigens nicht entgegensteht, wenn das Wasser im Sommer nur zuweilen temporär versiegt; l. 1. §. 2. D. 43. 12. — Gewöhnlich

*) Dafür können sie auch gelten, wenn sie gleich nicht überall, sondern nur theilweise schiffbar sind, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 222 a.

**) S. Maurenbrecher Lehrbuch des gem. deutsch. Privatr. §. 180., Mittermaier Grunds. d. gem. deutsch. Privatr. §. 279.

wird sich die Frage durch das Herkommen beantworten, je nachdem bisher vom Staat oder von Privaten Besitzrechte am Fluß ausgeübt worden sind, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 267. u. 268., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. no. 3. §. 2—6. Sind z. B. die an einem fließenden Wasser befindlichen technischen Leitungen, Anlagen und Einrichtungen von der Art, daß sie nur unter obrigkeitlicher Autorität bewerkstelligt werden konnten, so ist dasselbe als ein öffentliches charakterisirt, s. v. Zu-Rhein und Sartorius Rechtsfälle Bd. II. S. 72. Kommt das Wasser aus einem öffentlichen Fluß und ergießt sich überwachsend in benachbarte Niederungen, so sind diese Bäche, wenn man dergleichen Wasserzüge so nennen kann, als Ausflüsse und Theile des Stroms auch res publicae, s. Gesterding im civil. Archiv Bd. III. S. 61. not. 3., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 222., Romagnosi a. a. O. S. 81. Wo es aber an einem entschiedenen Herkommen fehlt, und wo ein Fluß sich nicht schon de facto im Staatseigenthum befindet, da ist bei größeren Flüssen auch wohl nur die Eigenschaft eines Gemeinguts zu vermuthen, weil dieses der ursprüngliche deutsche Rechtszustand war,*) und solches auch dem richtigen Verstand der römischen Gesetze gemäß ist, s. Funke a. a. O. S. 283., v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen S. 176., Günther Qu. de jure aquar. Sp. I. §. 9. etc. Da erscheint dann der Staat, wenn er ein behauptetes Eigenthum nicht beweisen kann, nur als Bewahrer des öffentlichen Interesse, als Verwalter der Gegenstände, deren Gebrauch Allen zusteht, als Regulator ihrer Gebrauchsrechte im Interesse Aller, s. Mittermaier im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 148. In dieser Eigenschaft sollte eigentlich der Staat bei allen öffentlichen Flüssen erscheinen, wenn sich der im römischen und deutschen Recht ursprünglich gewurzelte Begriff, aqua coelestis und fließendes Wasser sey ein Gemeingut l. 2. D. 1. 8.— §. 1. J. 2. 1., rein erhalten hätte. [Vergl. auch Unterholzner Schuldverhältn. Bd. II. S. 160., Kritz Sammlung von Rechtsf. Bd. III. S. 51—63., Bluntschli Privatr. §. 75., Maurenbrecher Lehrb. Bd. I. §. 180., v. Gerber System §. 63., Walter System §. 171. 172. und besonders Börner Revision der neuern Lehren der beständig fließenden Gewässer nach Röm. und Deut. R. im Archiv

*) Sachsenspiegel Bd. II. Art. 28.: „welches Wasser stromweise fließet, das ist gemeinschaftlich darauf zu fahren und darin zu fischen." Im Oesterreichischen Civilgesetzb. §. 287. heißt es: „Sachen, die allen Mitgliedern des Stats nur zum Gebrauch verstattet werden, heißen ein allgemeines oder öffentliches Gut; dahin rechnet das Gesetz auch Ströme und Flüsse."

f. civ. Prax. Bd. XXXVIII. S. 148—185. 359—379., welcher unter ausführlicher Begründung ff. Sätze aufstellt: 1) nach Röm. R. sind alle flumina d. h. alle beständig fließenden Gewässer ohne Unterschied ihrer Größe, also auch Bäche, als öffentliche zu betrachten (S. 164 ff.); 2) die Publicität der flumina bedeutet lediglich den unter der Oberaufsicht und Hoheit des Staats dem Volke sowohl als Ganzem, wie allen Einzelnen zustehenden Gemeingebrauch (usus publicus), und gegensätzlich dem publicum hat die Bezeichnung des flumen torrens als privatum die rein negative Bedeutung des Ausschlusses des Gemeingebrauchs an diesen Gewässern, während die aqua profluens auch hier res communis omnium ist (S. 182 ff.); 3) ein Eigenthum des Staats an den Flußbetten kann nicht angenommen werden, da hieraus auch der Anfall des verlassnen Flußbettes oder der im Flusse entstandnen Inseln an den Staat folgen müßte, wie man durchaus konsequent auch wirklich in denjenigen Ländern, z. B. dem Königr. Sachsen (über Würtemberg s. Seuffert's Archiv XIII. No. 208.), angenommen hat, in welchen die Ströme und Flüsse oder wenigstens einzelne davon, nach einem allerdings naturwidrigen Territorialrechte, als Eigenthum des Staats oder Fürsten betrachtet werden (Haubold Sächs. Privatr. 2. Ausg. §. 231.); 4) mit Unrecht hat man die Stelle des Sachsensp. (Bch. II. Art. 28.) über den gemeinen Gebrauch des fließenden Wassers auf Ströme und flößbare Flüsse beschränken und daraus herleiten wollen, daß nur an diesen der gemeine Gebrauch des Anfahrens und Befischens stattfinde, daß dagegen alle kleineren fließenden Gewässer im Privateigenthum ständen (s. Schwab, Beilageheft zum civilist. Archiv Bd. XXX.); vielmehr stimmt das gemeine deutsche Recht völlig mit dem Röm. R. überein (S. 365 ff.); 5) alle Benutzung der beständig fließenden Gewässer ist „vom Wasser aus" zu beurtheilen, d. h. das Wasser allein hat infolge seiner natürlichen Beschaffenheit an sich selbst die öffentliche Eigenschaft, während Wasserbette und Ufer nur durch und um des Wassers willen diese Eigenschaft haben, die Ufer besonders aber nur so weit, als der öffentliche Wassergebrauch von dem Wasser aus dieselbe erfordert, also z. B. so weit das Anlegen der Schiffe, das Anbinden der Flöße, das Auswerfen und Entleeren der Fischernetze den öffentl. Gebrauch derselben nöthig macht (S. 371). — Nicht ganz einverstanden mit obiger Bestimmung der Publicität ist v. Gerber System (6. Aufl.), §. 63. Anm. 1. Ueber den Privatcharakter der Landseen vergl. Buchka-Budde Entscheidungen, I. No. 12.] Man sollte daher

Zu a) nicht von einem Wasserregal und noch weniger von einem

Staatseigenthum an Flüssen, sondern nur von einem Wasserhoheitsrecht des Staats sprechen, s. Rousseau über Flußgesetze S. 6., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 222., Gründler Polemik des german. Rechts Th. II. S. 396. Allein schon in II. F. 56. werden die flumina navigabilia, vel ex quibus fiunt navigabilia, portus etc. für regalia erklärt, und obgleich Haubold ad Bergeri Oecon. jur. pag. 225. not. 5. behauptet, II. F. 56. sey in Deutschland außer Gebrauch, so findet man doch dieses Princip der Regalität fast überall de facto vorherrschend, s. Günther Qu. de jure aquarum Sp. II.—IV., Cancrin Abh. v. Wasserrecht, Fritsch jus fluviaticum Jen. 1772., Beseler System Bd. II. S. 125. ff.; ja Klüber im öffentl. Recht des deutsch. Bundes §. 456. erklärt gar Wasserregal und Wasserhoheit für synonym. Dieses Regal umfaßt aber alle wesentlichen Wassernutzungen so sehr, daß, wie Cancrin a. a. O. §. 99. richtig bemerkt, der Streit, ob dem Landesfürsten auch das Eigenthum der schiff- und floßbaren Flüsse zukomme, ohne Nutzen wird, weil ihm die Wirkungen und Nutzbarkeiten des Eigenthums kraft des Regals zukommen. Für das Volk ist nichts übrig geblieben, als das Baden, Schwimmen, Schwemmen, Waschen, Tränken des Viehs, Fahren mit eigenen Nachen und, soweit es die Flußpolizei erlaubt, das Recht, Sand, Steine und Schlamm aus dem Fluß zu holen [vergl. unten zu Fr. 18. a. E.], und sich Wasser daraus zuzuleiten, soweit dadurch nicht die Schifffahrt oder sonst die allgemeine Bestimmung des Flusses leidet, dem natürlichen Wasserlauf kein Eintrag geschieht und die Dauerhaftigkeit der Ufer nicht gefährdet ist. cf. l. 2. D. 43. 11. — l. 3. §. 1. 2. D. 43. 20. — l. 10. §. 2. D. 39. 3. — l. 1. §. 3. 15. D. 43. 11., Gesterding im civilist. Archiv. Bd. III. S. 64., Kori das. Bd. XVIII. S. 48., Bluntschli Deut. Privatr. §. 77. No. 3. Ein Floßrecht auf öffentlichen Flüssen setzt nach der gemeinen Meinung eine Concession des Staats voraus, s. Stryck Us. mod. Pand. Lib. 1. tit. 8. §. 13., Fritsch de jure gratiae th. 18—20., Gründler Polemik des germanischen Rechts §. 285., Runde deutsch. Privatr. §. 107. Die Wässerungsnutzung soll nach Verhältniß der Grundstücke unter die Angrenzenden vertheilt werden; l. 17. D. 8. 3.

Zu b) Indem man die kleineren Flüsse im Zweifel als Privatflüsse ansieht, s. Günther a. a. O. und unzweifelhaft die Bäche

zum Privateigenthum rechnet,*) ist man gleichwohl über den Begriff der Privatrechte an solchen Gewässern nicht einig. Manche glauben: die Wassermasse eines Flusses könne gar kein Gegenstand eines Privateigenthums seyn, weil sie von Augenblick zu Augenblick wechsle, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 143., Funke die Lehre von den Pertinenzen S. 26., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. S. 57., Schwab die Conflicte zwischen der Flößerei auf den öffentlichen Flüssen und den Mühlenberechtigten. Stuttgart 1844., Börner im civil. Archiv. Bd. XXXVIII. S. 176. u. 370. Dagegen wird aber wohl mit Recht eingewendet: der sogenannte Wechsel ist nichts anders als ein ununterbrochenes Aufeinanderfolgen von ergreifbarem, nutzbarem und vernutzbarem Gut. Gerade dieser Wechsel ist hier die Hauptbedingung der Nutzbarkeit und also weit entfernt, die Appropriationsfähigkeit zu beeinträchtigen, vielmehr die Hauptstütze derselben, s. Volz Entwurf eines Gesetzes über die Benützung der Gewässer ꝛc. Tübingen 1843. S. 64.; wenn aber die Anhänger jener Meinung nur ein gemeinschaftliches Benützungsrecht**) statuiren, so ist damit nicht wohl zu vereinbaren, daß am Wasser eine Benutzung salva substantia nicht leicht möglich, vielmehr der Gebrauch meistens ein Verbrauch ist. Eben so wenig ist die Idee Anderer von einem gemeinschaftlichen Eigenthum am Flußwasser, s. Scholz das Baurecht S. 211., haltbar. Man hat blos mit Kori a. a. O. Bd. XVIII. S. 44. zu unterscheiden zwischen solchen Privatflüssen und Bächen, welche das Grundstück eines Besitzers durchschneiden, so daß also beide Ufer nur einem Eigenthümer gehören, und solchen, welche die Grundstücke verschiedener Besitzer begrenzen. In Ansehung der ersteren gilt wohl ohne Einschränkung das Eigenthumsrecht des Grundbesitzers; aqua privati juris credit solo, — et nihil differt a ceteris locis privatis flumen privatum. l. 1. §. 4. D. 43. 12. — l. 12. C. 3. 34.***) Derselbe kann daher das

*) Ausgenommen, wenn der Bach auf einem öffentlichen Grundstücke entspringt, oder es in seinem Lauf berührt.

**) Günther de jure aquarum Sp. 4., Funke im civilist. Archiv Bd. XII. no. 15., Kori das. Bd. XVIII. no. 2., Gründler Polemik d. germ. Rechts Bd. II. S. 399.

***) Bei öffentlichen Flüssen jedoch zieht nicht wie bei Privatflüssen das Eigenthum des Bodens das Eigenthum des Flusses nach sich, sondern umgekehrt muß der Boden dem Flusse weichen; l. 1. §. 7. D. 43. 12.

Wasser gebrauchen und verbrauchen, mithin auch dasselbe zu Anlegung eines Teiches herausleiten, er kann ein Gewerbe damit betreiben, wodurch das Wasser verunreinigt wird, und braucht, wenn er eine Mühle damit treibt, keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob unterhalb gelegenen Mühlen genug Wasser übrig bleibt,*) wenn gleich diese dadurch lange genossene Vortheile entbehren, ausgenommen, wenn diese sich auf Vertrag oder Verjährung gründen können, mit welcher vetustas**) auf gleicher Stufe steht, l. 7. C. 3. 34. Beschränkt ist er nur insofern, daß er den natürlichen Wasserlauf, sonach auch das Wasserbette, nicht verändern darf, l. 1. §. 1. u. 6. D. 39. 3. — l. 1. §. 3. D. 43. 13. Er darf auch keinem Andern das überflüssige Wasser zuschicken, sondern muß dieses in den Bach oder Fluß zurückleiten, und wenn er dies nicht kann, so muß er nicht mehr Wasser vom Bach ableiten, als er wirklich verbraucht, l. 1. §. 4. D. 39. 3., Kori a. a. O., Gesterding im civilist. Archiv Bd. III. S. 63., Mevii Dec. P. IV. no. 39. — Das corrivare aquam ist auch hier verboten. Von dem auf der Grenze zweier Grundstücke befindlichen Fluß oder Bach wird angenommen, daß er gemeinschaftlich sey, wie ein Grenzgraben, Gesterding Ausbeute rc. Bd. III. S. 350., Elvers a. a. O. S. 428. und wenn unter den gegenseitigen Angrenzern keine Theilungsnorm durch Vertrag oder Verjährung besteht, so hat der Richter dergestalt zu reguliren, daß er jedem der beiden sich gegenüber liegenden Uferbesitzer die Hälfte des Wassers zutheilt, die entweder nach der Gebrauchszeit oder nach der Quantität abgemessen wird, l. 4. D. 43. 20., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 267., Kori a. a. O. S. 46. rc. Jeder der Anlieger ist hier zwar zum vollständigen Gebrauch des Wassers berechtigt, aber auf einen unschädlichen Gebrauch ***)

---

*) Gesterding Ausbeute rc. Th. III. S. 354., Mevii Dec. P. IV. Dec. 39. cf. l. 10. C. 3. 34.

**) A. Schmidt civilist. Abh. Bd. I. no. 4. von der act. a. pl. arc. und von der vetustas.

***) Hier schlagen dann auch die den Mühlenordnungen eigenen Bestimmungen ein, daß der obere Müller den Damm seines Mühlgrabens in wasserdichtem Zustand erhalten, das Grundeis zeitig aufhauen muß, nicht zur Unzeit, wenn er nämlich für den Betrieb eines Mühlgangs Wasser genug hat, schützen, nicht so hoch schützen darf, daß das Wasser des Mühlgrabens über dessen Damm steigt, und von dem vorzunehmenden Schützen des Wassers dem unteren Müller zeitig Nachricht zu geben hat, s. Langenn und Kori Erört. Thl II.

beschränkt, so daß den tiefer gelegenen Grundstücken und Fabriken das Wasser nicht gänzlich entzogen, oder zum gewöhnlichen landwirthschaftlichen Gebrauch unbrauchbar gemacht, oder die Fischerei darin zerstört wird, wie z. B. durch Anlegung einer Lohgerberei, Färberei, Flachs= und Hanfröſten und dergl., s. Kori a. a. O. S. 51., Fritsch jus fluviaticum pag. 1059., Leyser jus Georgicum Lib. III. c. 14. no. 17., Cancrin Wasserrecht Th. II. S. 152. &c. Sind indessen dergleichen Anlagen in verjährtem Gebrauch, so kann auch ihr Fortbestand wohl nicht ohne Entschädigung aufgehoben werden, s. Voltz Entw. eines Gesetzes über die Benützung der Gewässer S. 71.

Zu 3) Es ist hier zu unterscheiden zwischen concessionirten industriellen Anlagen, welche überdem meistens auf lästige Weise erworben werden oder wenigstens mit kostspieligem Aufwand verknüpft sind, und gemeinen Gebrauchsrechten am Fluß, wie z. B. Wässerung, Fischerei und dergl. Bei ersteren ist der Staat ohne Zweifel zur Entschädigung verbunden, denn indem er Einzelnen Rechte verliehen hat, darf er nicht durch eigene Handlungen ihnen die Ausübung ihres Gewerbsrechts ganz oder theilweise entziehen. In einem Rechtsstreit zwischen der k. Würtembergischen Finanzverwaltung und den Wasserbesitzern am Kocherflusse, wegen Floßbarmachung des genannten Flusses, durch welche sich letztere überaus beschädigt hielten, glaubte zwar erstere, jede Entschädigungsforderung durch Berufung auf ihr durch jene Concessionsertheilungen keineswegs aufgegebenes Floßregal, und auf den Grundsatz „qui jure suo utitur etc.“ ablehnen zu können, s. Schwab die Conflicte zwischen der Flößerei auf den öffentlichen Flüssen und den Mühlenberechtigten. Stuttgart 1844. S. 105., allein man kann immerhin zugeben, daß die Regierung ihres Floßregals durch jene Verleihungen nicht verlustig werden konnte, ohne daß daraus folgt, daß sie durch dessen Ausübung den von ihr selbst ertheilten Wasserrechten, wenn diese neben derselben nicht mehr vollständig bestehen können, ohne alle Entschädigung Eintrag und Abbruch thun dürfe. Die angesehensten Rechtslehrer stimmen daher dem Gegner der Regierung*) darin bei,

S. 110., vergl. Hübner das Recht zu Mühlenanlagen jeder Art &c. nach Preußischen Gesetzen, Liegnitz 1843., Königl. Sächsisches Mandat v. J. 1811. §. 5., Klingners Sammlung zum Dorf- und Bauernrecht Thl. IV. Kap. 6., Pfotenhauer in Zachariä Annalen der Gesetzg. und Rechtsanw. in den Ländern des Churfürsten v. Sachsen Thl. II. no. 11., Bluntschli Deut. Privatr. §. 78.

*) Hofacker, das Floßregal, besonders in Würtemberg. Stuttgart, bei Rieger 1844.

daß Entschädigung geleistet werden müsse, wenn der Staat einen Fluß schiffbar oder floßbar macht, und dabei die bereits bestehenden industriellen Werke nicht mehr bestehen können, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. II. no. 88., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 268. u. 269., Mittermaier im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 135., derselbe im deutsch. Privatr. §. 280., Maurenbrecher Lehrb. des gem. deutsch. Privatr. §. 180., Moser von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers Kap. 21. §. 4. S. 235., Cancrin Wasserrecht Thl. II. no. 6. S. 111., v. Bülow u. Hagemann Erörter. Bd. I. no. 3. §. 3. Bd. VI. no. 80., Bluntschli deut. Privatr. §. 76. No. 1. Es kann daher auch eben so Gegenstand eines Rechtsstreits werden, wenn der Staat eine neue Mühle anlegen läßt, wodurch den älteren Mühlen das Wasser entzogen wird, s. Mittermaier a. a. O. Bd. XXIII. S. 135., Struve de aedificiorum privatorum juribus §. 35. oder die Anlegung einer Fabrik gestattet, welche einen solchen Einfluß auf den Wasserlauf ausübt, daß der bisherige Müller nicht mehr mahlen kann, oder einer Kunstfärberei, durch welche das Wasser so verunreinigt wird, daß dem unterhalb gelegenen Papiermüller seine Papiere verdorben werden. — Dahingegen muß bei Gegenständen des gemeinen Gebrauchs an öffentlichen Flüssen angenommen werden, daß derselbe immer dem öffentlichen Interesse und höheren Zwecken untergeordnet bleibt, und nur unbeschadet desselben zu verstehen ist. Eine Verminderung des Genusses kann daher nie den Einzelnen zur Klage berechtigen, und die Regulirung der Gebrauchsrechte von Seite des Staats z. B. in Ansehung der Wässerungsbefugniß darf nicht als unabänderlich betrachtet werden, s. Mittermaier a. a. O., der Fischereiberechtigte kann nicht über eine z. B. durch die Dampfschiffahrt erlittene Verringerung seines Ertrags klagen, während ihm keine gewisse Quantität desselben garantirt ist, cf. Stürmer D. de litibus circa quantitatem aquae pag. 7. u. 10., Du Prel Sammlung bayerischer Rechtsfälle Bd. IV. S. 158., Bluntschli deut. Privatr. §. 76. No. 1. Derselbe kann auch keine Vergütung verlangen, wenn ihm durch Veränderungen mit Dämmen und Wehren in der Direction des Flusses ein Abbruch und Schaden widerfährt, weil dergleichen Concessionen nur insoweit ertheilt anzusehen sind, als sie mit der Hauptbestimmung des Flusses und mit nothwendigen flußpolizeilichen Einrichtungen verträglich sind, Leyser Spec. 25. Med. 3. Würde ihm aber sein Fischereirecht durch neue Veranstaltungen, z. B. wenn das nicht öffentliche Wasser schiffbar gemacht wird, gänzlich entzogen, so kann er Entschädigung fordern, s. Mitttermaier deutsch. Privatr. §. 234. (291.)

Zu 4) Dann ist er vermöge des Pachtvertrags zu einer solchen Einschränkung des Wassergebrauchs verbunden, daß dem Pächter der unterhalb gelegenen Mühle der zu deren Betrieb nöthige Wasserbedarf verbleibt; arg. l. 15. §. 1. D. 19. 2., Mevii Dec. P. VI. no. 39., Gesterding Ausbeute rc. Thl. III. S. 359.

Zu 5) Man stelle sich vor

Zu a) Der A. besitzt einen Acker, an welchen gegen Abend eine höher gelegene Wiese des B. grenzt. Auf dieser hat sich seit rechtsverjährter Zeit ein von Süden nach Norden gezogener Graben befunden, welcher das von Abend gegen Morgen nach dem Grundstück des A. strömende Regenwasser von diesem abhielt. Nun ebnet B. den Graben ein, kann deshalb A. mit einer wirksamen Klage gegen den B. auf Wiederherstellung des Grabens auftreten? Dagegen walten zwar allerdings nicht unbedeutende Zweifel ob. Die confessorische Klage — kann man sagen — finde hier nicht statt; denn um ein Verbietungsrecht, daß B. auf seinem Grundstück irgend eine beliebige Handlung nicht vornehmen dürfe, durch Verjährung zu erwerben, würde nach der für negative Servituten geltenden Regel erfordert, daß ein Verbot oder Einspruch bereits statt gehabt, und B. sich dabei rechtsverjährte Zeit hindurch beruhigt habe. A. kann aber dieses nicht, sondern nur so viel behaupten, daß der Graben so lange de facto bestanden habe. Die actio aquae pluv. arc. schien eben so wenig Platz zu greifen; denn dadurch soll nur jeder Handlung entgegengewirkt werden, durch welche der natürliche Wasserlauf gestört wird; allein gerade umgekehrt stellt B. durch Beseitigung des Grabens den natürlichen Wasserablauf vielmehr wieder her. Aus diesen Gründen wurde in einem in Kritz's Sammlung von Rechtsfällen Bd. III. S. 51. angeführten Rechtsstreit die Klage vor 2 Instanzen angebrachtermaßen abgewiesen, in 3. Instanz aber erging gleichwohl die Entscheidung im Wesentlichen zu Gunsten des Klägers. Ihr gereichte zur wesentlichen Stütze vetustas des bestandenen Grabens. Man erinnere sich an l. 2. pr. D. 39. 3. in summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex,*) natura loci, vetustas, quae semper

*) Die auctores divisionis assignationisque agrorum hatten nämlich für die Ackerverhältnisse gewisse Bestimmungen gegeben und diese sind hier unter lex zu verstehen. Divisi et assignati agri sunt, qui veteranis aliisque personis per centurias certo modo adscripti aut dati sunt: — hi agri leges accipiunt ab his, qui veteranos deducunt, et ita propriam obser-

pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa. Daher wird die a. a. pluv. arc. auch nicht blos auf Destruction eines errichteten Werks, wodurch das Wasser gegen seinen natürlichen Lauf auf mein Grundstück geleitet wird, gegeben, sondern utiliter auch auf Wiederherstellung eines solchen opus vetustum, welches den natürlichen Ablauf des Schnee- und Regenwassers von mir abgehalten hat, und durch dessen Zerstörung ich demselben unterliegen würde. Dafür entscheidet außer dem, was bei der nunciatio operis in l. 1. §. 11. D. 39. 1. gesagt ist, besonders die l. 1. §. 22. D 39. 3. und l. 3. §. 2. D. eod. i. f. nisi locum *complanavit* eoque facto citatior aqua ad vicinum pervenire coepit. Analog kommt in Betracht, was von einer Servitut der Wasserleitung in l. 7. C. 3. 34. u. l. 2. C. 3. 35. gesagt ist. Eine ähnliche Entscheidung gibt auch l. 13. D 8. 5. Damit stimmen überein: Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Th. II. §. 460., Funke im civilist. Archiv Bd. XII. S. 442., Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. V. no. 1., Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 349. A. M. ist Leyser Spec. 502. Med. 12. Corr. 1. Indessen ist diese Entscheidung nicht ohne alle Einschränkung zu verstehen, sondern es mußte auch bei erwiesener vetustas doch dem B. der Beweis offen gelassen werden, daß ihm das Einebnen des Grabens zur Cultur seines Grundstücks nothwendig gewesen sey. Was nämlich agri colendi causa von mir in meinem Eigenthum vorgenommen wird, kann, wo nicht eine Servitut rechtlich besteht, mir nicht verwehrt werden, l. 1. §. 3. 8. 15. l. 24. pr. D. 39. 3., Mühlenbruch a. a. O. Die Landcultur genießt überhaupt mehrere Begünstigungen auch gegen Wasserbeschädigungen; z. B. ich kann nach l. 2. §. 9. D. 39. 3. — l. un. §. 7. D. 43. 13. — l. 1. C. 7. 41. gegen Beschädigung der Flüsse und reißendes Wasser mein Grundstück schützen, wenn gleich der Nachbar nunmehr Schaden vom Wasser leidet, nur darf ich es nicht in der Absicht, ihm zu schaden, thun, Mühlenbruch a. a. O. §. 460. a. E., Leyser Sp. 502. Med. 12. Es kann ja auch der Nachbar bloße Schutzmittel ergreifen, wie er eben vermag. Auf solchem Grund beruht eine in Günther Obs. pragm. biga. Lips. 1838. angeführte Entscheidnng, wonach ein Feldnachbar

---

vationem eorum lex data praestat in his agris. Cujac. recit. in Lib. 49., Pauli ad edict. zu fr. II. pr. D. 39. 3., Schmidt von Ilmenau civil. Abhandl. Bd. I. S. 118.

mit seiner Klage gegen den andern, welcher einen zwischen beiden Grundstücken fließenden Bach zwar erweitert, aber auch mit einem 1½ Fuß hohen Damm versehen hatte, wodurch das Wasser bei Ueberschwemmungen mehr auf das Grundstück des Klägers übertrat als früher, abgewiesen wurde. Die l. 1. C. 7. 41. rechtfertigt diese Entscheidung und die l. 23. §. 2. D. 39. 3. konnte nicht entgegenstehen wegen der Schlußworte si fieri non debuerunt: s. auch Habicht rechtliche Erörter. und Entscheidungen gemeinrechtl. Controversen no. XXI. über Belästigungen des Eigenthums durch den Regenwasserlauf 2c. S. 518., v. Hartitzsch Entscheidungen praktischer Rechtsfragen no. 466. Hierher gehört indessen auch l. 1. §. 2. D. 39. 3.; wenn Jemand ein Werk errichtet hat, um das Wasser entfernt zu halten, welches beim Austreten eines Sumpfes, so oft solcher durch das Regenwasser anwächst, auf seinen Acker abzufließen pflegte, und das durch jenes Werk zurückgedrängte Wasser den Aeckern des Nachbars Schaden bringen würde, so kann derselbe mit der act. aq. pluv. arc. zum Niederreißen des Werks gezwungen werden, weil durch dasselbe der natürliche Wasserablauf verhindert wird. Verschiedene Erklär. dieses Gesetzes, s. bei Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 325. Bemerkenswerth sind die Bestimmungen des Preuß. allgem. Landrechts Th. I. tit. 8. §. 102—117. über diese Materie.

Zu b) Die l. 1. §. 23. D. 39. 3. bezeichnet diesen Fall mit den Worten: ut quibus agris magna sint flumina, liceat mihi sc. in agro tuo aggeres vel fossas habere. — Wird nun der Damm durch Elementarereignisse niedergerissen, so unterscheiden die Gesetze zuvörderst, ob es ein blos von der Natur gebildeter Damm war, oder ein künstlich angelegter. Im ersten Fall kann, da jeder die Wirkungen der Naturkräfte, wie sie ihn eben treffen, tragen muß und keinen Andern dafür in Anspruch nehmen kann, offenbar nicht gegen diesen mit der act. aqu. pluv. arc. auf Wiederherstellung des naturalis agger geklagt werden. Im zweiten Fall waren selbst die römischen Juristen verschiedener Meinung, s. l. 2. §. 5. D. 39. 3. Varus gibt der Klage nicht statt, wenn das opus manufactum nicht seit unfürdenklicher Zeit bestanden hat; Labeo verwirft die Klage auch in diesem Fall, Paulus hält aber beide Meinungen für irrig; denn wenn auch die act. a. pl. arc. nicht statt habe (quanquam tamen a. a. pl. arc. deficiat), so müsse doch eine analoge Klage oder ein Interdict

gegen den Nachbar zustehen, wenn ich einen Damm auf seinem Acker wiederherstellen will, dessen Errichtung mir Nutzen, ihm aber keinen Schaden bringt. Dies erheische die Billigkeit, wenn es gleich an einer Gesetzesvorschrift darüber fehle.

Zu 6) Handelt es sich

a) von natürlichen Wasserwegen, so hat weder der obere dem unteren, noch der untere dem oberen Eigenthümer des angrenzenden Landes etwas zu leisten oder zu thun, sondern blos zu gestatten, daß der Andere einen von der Gewalt des Wassers weggerissenen Damm wiederherstelle, oder einen vom Schlamm verstopften natürlichen Abzugsweg durch Reinigung wieder eröffne, l. 2. §. 1. 5. 6. D. 39. 3., Elvers a. a. O. S. 528., Gesterding Ausbeute Thl. V. Abthl. 1. S. 42.

b) Bei Gräben, welche von Menschenhand gezogen sind, versteht es sich von selbst, daß Derjenige, welcher einen Graben entweder auf eigenem oder kraft einer Servitut auf fremdem Boden gezogen hat, ihn rein halten muß, wenn er widrigenfalls dem Nachbar Schaden brächte, l. 2. §. 4. 7. D. 39. 3. Ist es aber ein Grenzgraben, welcher als ein gemeinschaftlicher betrachtet wird, so kann der eine von dem andern ihm gegenüber liegenden Grundbesitzer, wenn dieser die Reinigung auf seiner Seite verweigert, nur verlangen, daß jener ihm die Reinigung gestatte, nicht aber, daß er ihn selbst reinige; denn indem der natürliche Lauf des Regenwassers durch einen gemeinschaftlichen Graben verändert worden ist, ist der Eigenthümer der einen Seite nicht für den Schaden, welcher dem Andern durch den gemeinsamen Graben zugefügt wird, verantwortlich. Anders ist es, wenn es sich von einem Nachtheil handelt, welcher Dritten durch den gemeinsamen Graben zugefügt würde; hier ist natürlich jeder Miteigenthümer verpflichtet, für die Reinigung und Wiederherstellung auf seiner Seite zu sorgen, l. 2. §. 1. 2. D. 39. 3., Elvers a. a. O. S. 536.

Zu 7) Die act. aquae pluviae*) arcendae ist eine persönliche Klage, welche den dominus fundi und utiliter dem Usufructuar, diesem jedoch nur, wenn er sich nicht durch das interd. quod vi aut clam helfen kann, gegen den Eigenthümer eines benachbarten Grundstücks

---

*) Unter aqua pluvia ist nicht allein das pure Regenwasser, sondern auch in seinem mit anderem Wasser gemischten Zustand zu verstehen, l. 1. pr. D. 39. 3.

und utiliter gegen den Usufructuar, wenn nämlich dieser die schädliche Anlage selbst gemacht hat, alsdann zusteht, wenn auf dem benachbarten Grundstück eine solche Veränderung (durch ein opus manufactum, durch das Regenwasser selbst, oder rücksichtlich des Rechts der Dämme und Gräben durch was immer) eingetreten ist, daß daraus ein Schade für das Grundstück des Klägers entsteht.*) Außer dem Ersatz des nach der Litiscontestation**) entstandenen Schadens, und allenfalls der cautio damni infecti, l. 14. §. 3. l. 22. §. 1. D. 39. 3., geht die Klage

a) beim opus manufactum, je nachdem der Beklagte auch selbst der Urheber der Anlage war, oder nicht, auf Hinwegnahme oder Geschehenlassen der Hinwegnahme des schädlichen Werks;
b) bei den Veränderungen durch das Regenwasser selbst immer nur auf das Geschehenlassen;
c) bei dem Recht der Dämme und Gräben entscheidet der Inhalt der lex, welcher vetustas gleichsteht, s. Schmidt von Ilmenau civilist. Abhandl. Bd. I. S. 167.

Hat ein Dritter, z. B. ein Pächter oder Geschäftsführer, das

---

*) [Ueber die Frage, ob die a. aquae pluv. arc. als eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung aufzufassen sey, s. Arndts Pand. §. 131. Anm., Brinz Pand. I. S. 188., Pagenstecher Lehre v. Eigenthum I. S. 123. und besonders Bekker in s. Jahrbuch V. S. 176–187.]

**) Der Grund, warum mit dieser Klage nicht der vor der Litiscontestation entstandene Schaden gefordert werden kann — denn zu dessen Ersatz kann man nur allenfalls durch das interd. quod vi aut clam gelangen, l. 14. §. 2. 3. D. 39. 3. — liegt darin, quod damnum ante litem contestatam sibi illatum suae debeat imputare negligentiae, dum vel operis novi nunciationem praetermisit, vel protinus a novo opere facto non egit; Voet Comm. ad. Pand. Lib. 39. tit. 3. no. 3., Hagemann prakt. Erört. Bd. VII. S. 274., cf. l. 6. §. 6. l. 11. §. 6. D. 39. 3. Ist ein schädliches Werk erst nach der Litiscontestation hinzugekommen, so muß deshalb erst von Neuem geklagt werden, Voet a. a. O., Hesse die cautio damni infecti nach römischen Principien und ihrer heutigen Anwendbarkeit. Leipzig 1838. (eine gekrönte Preisschrift.)

Die Frage: ob die act. a. pl. a. nur dann stattfindet, wenn das leidende Object ein ager ist, l. 1. §. 17. D. 39. 3., wenn es aber ein aedificium ist, die negatorische Klage angestellt werden müsse, s. Habicht rechtl. Erörter. Bd. I. S. 350., oder ob erstere in beiden Fällen Platz greift, s. l. 1. §. 19. 20. D. 39. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 318. (283.) mag, da h. z. T. die Klage nicht bestimmt benannt zu werden braucht, auf sich beruhen; denn auch die Negatorienklage würde, wenn der dem Gebäude schädliche Wasserzufluß blos von der Natur bewirkt wird, nicht, sondern nur gegen das flumen oder stillicidium immittere stattfinden, s. Habicht a. a. O.

schädliche Werk errichtet, so kann zwar demungeachtet gegen den Eigenthümer geklagt werden, aber, wenn es ohne sein Wissen geschah, nur dahin, daß er die Zerstörung des Werks gestatte. Dasselbe gilt, wenn ein Nachfolger bona fide in den Besitz des vom Vorgänger errichteten schädlichen Werks eingetreten ist. Gegen den Pächter oder Geschäftsführer aber kann nur mit dem interd. quod vi aut clam auf die Kosten der Wiederherstellung und sonstiger Schäden halber agirt werden, l. 4. §. 2. 3. D. 39. 3. Rührt die schädliche Vorrichtung von einem entfernteren Obernachbar her, so kann der dadurch Beschädigte, wenn er nicht gegen Jenen selbst, sondern gegen seinen unmittelbaren Nachbar klagen will, was ihm nach l. 6. pr. D. 39. 3. freisteht, die Klage natürlich nur dahin richten, daß dieser für den ordnungsmäßigen Wasserablauf, wenn auch auf dem Wege der Klage, Sorge trage, Elvers a. a. O. S. 477. Haben mehrere Miteigenthümer das schädliche Werk veranlaßt, so kann gegen den Einzelnen nicht in solidum, sondern nur in partem geklagt werden, l. 6. §. 1—3. D. 39. 3. Brinz Pandekten I. §. 65.

Zu 8) In den Gesetzen finden sich verschiedene Zeiträume für vetustas angenommen, z. B. 60 Jahre in l. ult. C. 7. 22. — 40 Jahre in l. 2. l. 6. C. Th. 4. 14., oder nach der Cujacischen Lesart 20 Jahre, ferner longum tempus in l. 1. §. ult. D. 39. 3. l. 1. C. 3. 34. longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere; — bei Testamenten schon ein Zeitverlauf von 10 Jahren l. 6. C. Th. de testam. 4. 14. Kein Wunder also, daß die Meinungen der Rechtsgelehrten eben so sehr schwanken. Mehrere nehmen tempus immemoriale an, cf. l. 2 §. 1. u. 7. D. 39. 3. — c. 26. X. de Verb. signif. Boehmer J. E. Pr. Vol I. Lib. II. tit. 26. §. 37., Donell Comm. Jur. Civ. T. X. pag. 48., Schneider in Linde's Zeitschrift Bd. V. S. 361., v. d. Pfordten in Schneider und Richter's kritischen Jahrbüchern Jahrg. VIII. S. 53., vergl. v. Savigny a. a. O., und insbesondere bei der act. aq. pluv. arc., behauptet Unterholzner a. a. O. S. 508., könne die vetustas nichts Anderes als Unfürdenklichkeit bedeuten. Die Resultate gesetzlicher Forschungen Anderer aber gehen dahin, daß neben der unfürdenklichen Verjährung noch ein anderer Zustand, die vetustas, bei den Römern angenommen wurde, und daß im Mangel eines allgemein gesetzlich bestimmten Zeitraums das Ermessen des Richters eintreten müsse, s. Kritz Abh. über ausgewählte Materien des Civilr. no. 6, desselben Samml. v. Rechtsfällen Bd. III. S. 58., Gesterding Ausbeute v. Nachforschungen Bd. V. S. 32., Schmidt v. Ilmenau a. a. O. S. 169. Man wird demnach weder mit Neustetel

und Zimmern in den röm. rechtl. Unters. einen 20jährigen Zeitraum für genügend, noch mit Unterholzner in der gesammten Verjährungslehre Bd. I. §. 148. S. 524. der 2. Aufl. einen 40jährigen Zeitraum als erforderlich annehmen können,*) sondern mit Rücksicht auf l. 2. §. 8. D. 39. 3. non diem et Consulem ad liquidum exquirendum etc. und in Betracht, daß das Verhältniß, um welches es sich bei der a. a. pl. a. handelt, in den Gesetzen mit dem einer Servitut verglichen wird, l. 1. §. 23. D. 39. 3., einem 30jährigen Zeitraum die Achtung einer vetustas bezeigen müssen, s. Kritz a. a. O. Vergl. Schmidt civil. Abh. Bd. I. no. 4. von der a. a. pl. a. und von der vetustas. Freilich einem gegen eine 30jährige Verjährung geschützten Gegner gegenüber, wie Staat und Kirche, würde man auf 40 und gegen die ecclesia Romana wohl auf 100 Jahre zurückgehen müssen, s. Unterholzner a. a. O., Hofacker Princ. jur. Rom. T. II. §. 983.

Zu 9) Abgesehen von dem, was durch polizeiliche Verordnungen zum Besten des Gemeinwesens fürgesehen ist, kann derjenige, bei welchem die Unregelmäßigkeit entstanden ist, wenn er kein Interesse dabei hat, blos zum Besten des Andern, welcher durch mangelhafte Verwahrung der Ufer Ueberschwemmungen leidet, mit nichten zur Wiederherstellung gezwungen werden, l. 1. §. 23. l. 2. §. 1. 2. D. 39. 3., Kori im civil. Archiv Bd. XVIII. S. 52., Leyser Sp. 502. Med. 11. Nur der Besitzer eines von Menschenhand angelegten Wassergrabens, z. B. des Mühlgrabens, ist verbunden, den Graben selbst zu reinigen, und, wenn er denselben jure servitutis auf fremdem Grundstück für eine Wasserleitung angelegt hat, muß ihm der serviens den Zugang zum Grundstück gestatten, um den Graben reinigen zu können, l. 11. §. 1. D. 8. 4.

Zu 10) Mehrere betrachten bezüglich l. 1. §. 12. D. 43. 12. und l. 1. §. 22. u. 25. D. 39. 3. die Ufererhöhung alsdann als verboten, wenn den Nachbarn ein wesentlicher Schaden dadurch verursacht wird, Struben rechtl. Bed. Bd. V. no. 115., Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 314. Dies wird man aber höchstens dann annehmen können, wenn die Ufererhöhung nicht bloße Schutzmaßregel des Eigenthümers und in dieser Beziehung nothwendig ist. In der Regel ist Jeder zur Erhöhung seiner Uferseite befugt, l. 1. §. 7. D. 43. 13. — l. 1. C. 7. 41. — Leyser Spec. 502. Med. 12., indem ja der gegenüber liegende Angrenzer dasselbe Schutzmittel gebrauchen kann; nur ein

*) [Unterholzner spricht dies nur beziehungsweise aus und erklärt sich vielmehr dafür, daß „in der Regel ein dreißigjähriges Alter genüge."]

Verengen des Wasserbettes ist in l. 1. §. 1. D. 39. 3. verboten, und davon ist auch l. 23. §. 2. eod. zu verstehen. Dagegen eine Verbindlichkeit zur Ufererhöhung über die bisherige natürliche Höhe läßt sich allerdings nicht behaupten, s. Kori im civil. Archiv Bd. XVIII. S. 53., wo sie nicht durch Particulargesetze, Vertrag oder Verjährung festgegestellt ist, vergl. Fr. 5. lit. a.

Zu 11) Nur dann, wenn der Durchbruch des Dammes durch fehlerhafte Construction oder schlechte Beschaffenheit erfolgt ist, nicht aber, wenn derselbe durch einen von Elementarereignissen bewirkten ungewöhnlichen Wasserzufluß entstand, arg. l. 43. pr. D. 39. 2. — Kori a. a. O. S. 54.

Zu 12) Eigentliche Ackerfurchen sind nach l. 1. §. 3. 5. 15. l. 24. pr. D. 39. 3. unbeschränkt, s. Kori a. a. O. S. 53., und nicht, wie Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 360. dafür hält, blos bedingt gestattet, wenn man ohne sie nicht säen könnte. Diese Bedingung gilt nur in Ansehung der in der Regl nach l. 1. §. 9. l. 24. §. 1. D. 39. 3. verbotenen Wasserfurchen (sulci aquarii, l. 1. §. 5. D. eod.); der Nachbar kann daher in keinem Fall darauf klagen, daß der Andere seine Ackerfurchen statt in die Länge in die Quere ziehe. Gegen die Wasserfurchen kann er jedoch, wie Kori a. a. O. S. 53. dafür hält, klagen, wenn durch dieselben ihm das Wasser zugeleitet und nicht in ein Loch auf dem eigenen Grundstück versenkt wird. Indessen scheinen die römischen Juristen hierüber nicht ganz einig gewesen zu seyn, und wenigstens dann, wenn diese Furchen zur Bestellung des Ackers durchaus nothwendig sind, keiner Klage stattgegeben zu haben, s. Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 359., Elvers' Themis a. a. O. S. 480., cf. l. 1. §. 4. 5. l. 24. pr. §. 1. D. 39. 3. Verschiedene Erkenntnisse s. Winkler Sp. de act. aq. pluv. arc. Cap. II. pag. 37. Ueberhaupt findet diese Klage nicht gegen diejenigen opera manufacta am Boden, quae agri colendi causa aratro facta sunt und quae fructuum frugumve percipiendorum causa fiunt, statt, l. 1. §. 3. 4. 7. 8. 15. D. 39. 3.

Zu 13) Wenn das opus manufactum ursprünglich und an sich selber keine Veränderung des Wasserlaufs bewirkt hat, so sollte man wohl annehmen, daß Wirkungen, welche erst in Folge von Naturereignissen entstanden sind, dem unterhalb gelegenen Grundstück nicht abgenommen zu werden brauchen, denn locus inferior superiori naturaliter servit; die Gesetze lassen aber hier der Billigkeit insoweit Raum, daß wenigstens dann, wenn derjenige, auf dessen Grund und Boden sich das opus befindet, kein Interesse dafür hat, daß die Wegnahme

nicht erfolge, eine actio utilis ex aequitate auf Hinwegnahme zugelassen wird, l. 2. §. 5—7. D. 39. 3. — Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 341. Mehreres s. Weiske Handb. d. Landwirthschaftsr. über das Verhältniß mehrerer an demselben Wasser liegenden Nachbarn zu einander.

Zu 14) In der Regel findet dawider keine Klage statt, und eben so wenig hat der Eigenthümer einer Quelle, deren Wasseradern in einem benachbarten Grundstück liegen, ein Klagrecht gegen dessen Eigenthümer, wenn dieser durch Durchstechung oder Verschütten, in Folge von Bauten oder Anlegung eines eigenen Brunnens das Versiegen jener Quelle verursacht, l. 21. D. 39. 3. — l. 24. §. 12. D. 39. 2. — l. 26. eod., doch darf er den für den Landbau dienenden Quellen die Adern nur dann durchstechen, wenn er es zur Verbesserung seines eigenen Ackers und nicht blos dem Andern zum Tort thut, l. 1. §. 12. D. 39. 3. Elvers' Themis a. a. O. S. 417.

Zu 15) Wer den Weg zu unterhalten hat, dem liegt auch die bauliche Unterhaltung der Brücke als einer Fortsetzung des Weges ob, s. Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Thl. I. §. 109. Daraus, daß eine Brücke auf einem zum Staatseigenthum gehörigen Flusse steht, kann übrigens nicht geradezu gefolgert werden, daß sie nicht Privateigenthum sey; denn das Eigenthum des Staats an öffentlichen Flüssen ist kein regale majus, kein unveräußerliches Hoheitsrecht. Selbst regalia majora können durch unvordenkliche Verjährung von Privaten erworben werden, c. 1. de praesc in VIto. — c. 26. X. de verb. signif., s. Erk. d. O.=A.=G. in Dresden in Emminghaus Pand. S. 198. no. 33.

Zu 16) Die Uferbauten liegen den Eigenthümern der angrenzenden Grundstücke ob, welche dadurch vor der Wassergewalt geschützt werden; s. Erk. d. O.=A.=G. in München in Arend's Samml. H. 2. S. 195. Die zur Herstellung der Strombahn und Erhaltung des Flusses für seine gewöhnliche Bestimmung nöthigen Arbeiten hat der Eigenthümer des Flusses und an öffentlichen Flüssen der Staat zu bestreiten, wenn nicht der Bau zur Erreichung eines besonderen Nutzungszweckes nothwendig ist, wodurch die Beitragspflicht des Interessenten begründet wird, Mittermaier deutsch. Privatr. §. 223. (281.), Hagemann Landwirthschaftsr. S. 305. Ist der Uferbau nur veranlaßt durch Unterlassung eines Wasserbaues, welcher andern Personen oblag, oder durch Vornahme eines solchen Baues wegen eines gewissen Nutzungszweckes, so muß der Wasserbaupflichtige den Uferbau

übernehmen, s. Mittermaier a. a. O., Pfeiffer prakt. Erörter. Bd. III. S. 130.

Zu 17) Nicht nur darf die Schifffahrt dadurch nicht beeinträchtigt werden, sondern der Unternehmer muß auch den übrigen Anwohnern des Flusses cautio damni infecti auf 10 Jahre leisten. Nur unter diesen Bedingungen schützt ihn das interd. de ripa munienda gegen gewaltsame Störung, l. 1. §. 3. D. 43. 15. — Der Nachbar muß aber diese Caution vor dem Beginn der Uferbauten fordern. Später kann er den etwa eintretenden Schaden nur mit der act. leg. Aquiliae verfolgen, l. 1. §. 5. D. 43. 15.

Zu 18) Da die Ufer Privateigenthum sind, §. 4. J. 2. 1., so folgt daraus die Befugniß zu jedem unschädlichen Gebrauch derselben für die Besitzer; sie dürfen den Fluß beschiffen, und an kleinen Flüssen und Bächen haben sie Vermuthung für das Recht, darin zu fischen, soweit das Wasser ihre Ufer bespült, s. Mittermaier a. a. O. Sie dürfen aber nicht Stege und Brücken auf das jenseitige fremde Ufer schlagen, auch nicht Personen über den Fluß setzen, l. ult. D. 8. 3. — Kori a. a. O. S. 49. Ueber einen schiffbaren Fluß darf selbst derjenige keine Brücke schlagen, dem beide Ufer gehören, cf. l. 1. pr. §. 12. D. 43. 12.; indessen kann ein öffentlicher oder Privatweg wohl durch Vertrag oder Verjährung bestehen. Vom Erwerb an Alluvionen und Inseln s. d. folgenden Abschn. 2. Fr. 1. 2c. Zur res publica gehört eigentlich nur das imperium über die Meeresufer, und sie begreift auch die Häfen und die daraus zu ziehenden Nutzungen in sich, wogegen ein unschädlicher Gebrauch der Küsten Jedem gestattet ist, §. 1 u. 5. J. 2. 1. — l. 2. §. 1. D. 1. 8. — l. 3. u. 4. D. 43. 8. Auch zur unmittelbaren Leitung des Wassers aus einem öffentlichen Flusse, der nicht schiffbar ist, oder sich in einen schiffbaren Fluß ergießt, in sein Grundstück ist Jeder berechtigt, und es bedarf dazu keiner Servitut, l. 17. D. 8. 3. — l. 10. §. 2. D. 39. 3. — l. 2. D. 43. 12. — Heimbach im R.-Lex. Bd. X. S. 275. [Zu den s. g. Nebennutzungen der fließenden Gewässer gehört auch der im Flußbett sich ansammelnde Sand und Kies, welcher vortheilhaft verwerthet und verkauft werden kann. Wem das Recht daran zustehe, ist bei öffentlichen, zur Floß- und Schifffahrt geeigneten Flüssen bestritten. Nach Schweppe Privatr. Bd. II. §. 260., Puchta Pand. §. 165., Börner i. Archiv f. civ. Prax. Bd. 38. S. 180. (s. auch Buchka u. Budde Entscheidungen Bd. I. S. 19.) ist der Grund und Boden der öffentlichen Flüsse als Fortsetzung der im Privateigenthum befindlichen Ufergrundstücke, bis zur Mittellinie des Flusses, zu betrachten, wonach der Sand

und Kies diesen Privateigenthümern zukäme. Nach Moser, V. d. Landeshoheit (1773) S. 256. u. Klüber R. d. Deut. Bundes, 3. Ausg. §. 458. dagegen erstreckt sich das Wasserregal auch auf Sand und Steine. Nach Kori im Arch. f. civ. Prax. Bd. XVIII. S. 49. (s. auch Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852. S. 87.) steht das Holen von Sand und Steinen, als Erträgnissen einer öffentlichen Sache, Allen frei. Emminghaus i. d. Thür. Blätt. f. Rechtspfl. 1856. S. 376—383. führt aus, daß jene Flußausnutzung in manchen Ländern eine regale geworden, daß aber auch da, wo dies nicht geschehen sey, die fragliche Ausnutzung nicht ohne höhere polizeiliche Aufsicht stattfinden dürfe; dieses Aufsichtsrecht beruhe auf der im deutschen Staatsrecht anerkannten allgemeinen Wasserhoheit (s. Schwab die Conflikte der Wasserfahrt auf den Flüssen, 1847. Beilageheft zum civilist. Archiv Bd. XXX., §. 29. S. 34 ff., Glaß, die wasserrechtl. Gesetzgebung, S. 24. 119. 140.); unter dieser Voraussetzung aber könne Jeder Sand und Kies beziehen.]

Zu 19) Ueber die Verjährungszeit des interd. ne quid in flumine publico entschied das Hofgericht zu Wiesbaden 1852 dahin: dieselbe könne nicht mit vielen Rechtslehrern auf 30 Jahre bestimmt werden; daß vielmehr Ein Jahr genüge, l. 1. pr. §. 3. 8. D. 43. 13., liege in der Natur des Rechtsmittels, welches lediglich auf den Grund eines bisher bestandenen, im Laufe der Zeit veränderlichen faktischen Zustands stattfindet, und schon des Beweises wegen eine kurze Verjährungsfrist erfordert. Der Gesetzgeber, welcher die Veränderung im Laufe des Wassers nach dem Wasserstande des letzten oder vorletzten Sommers vor Anstellung der Klage beurtheilt wissen will, kann unmöglich beabsichtigen, daß nach obigem Wasserstande die Wirkung einer vielleicht mehrere Jahre vorher erfolgten Störung beurtheilt werde, s. Flach Entsch. Thl. III. S. 7.

---

§. 93.

Abschnitt 2. Von Alluvionen und Inseln.

1) Welche Befugnisse stehen den Uferbesitzern an dem von einem öffentlichen Fluß verlassenen Wasserbette zu, wenn der Fluß eine andere Richtung genommen hat? Desgleichen an Alluvionen?

2) Stehen diese Rechte auch dem hinterliegenden Grundstück wenigstens dann zu, wenn dasselbe ein hinwegverkaufter Theil des vorliegenden gewesen ist?

3) Erwerbe ich das vom Fluß angeschwemmte Land auch dann zu meinem Gut, wenn dasselbe nur durch einen gemeinen Weg vom Fluß getrennt ist?

4) Was für Rechte erwachsen an einer im Fluß entstandenen Insel?

Zu 1) Das Wasserbette des Flusses wächst den Anliegern zu, wenn der Fluß dasselbe gänzlich verlassen hat, und der von Manchen dem R. R. l. 16. D. 41. 1. — l. 1. §. 6. D. 43. 12. entnommene Unterschied zwischen agris limitatis und arcifiniis, s. Köchy civilist. Erörter. Bd. I. S. 3., Kori a. a. O. S. 48., ist h. z. T., weil solche agri limitati oder adsignati, wie bei den Römern, nicht mehr bestehen, ohne Einfluß, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 260., Gesterding Lehre vom Eigenthum §. 27., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. II. S. 334. (§. 55.): demnach wird das gänzlich verlassene Flußbette unter die Eigenthümer der Ufer, an denen der Strom vorbeifloß, eben so wie bei den Inseln vertheilt. Verläßt es aber der Strom nur theilweise, so gehört der trocken gewordene Theil des Flusses dem Eigenthümer des Ufers, von welchem der Strom zurückgetreten ist, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 145.

Wenn der Fluß bei Bildung eines neuen Bettes seinen Weg durch ein Privatgrundstück genommen, so wird dieses, so weit es nun Fluß geworden ist, eine Accession für den Staat als Eigenthümer des Flusses. Wie aber, wenn der Fluß in der Folge sein neues Bette wieder verläßt, und dieses wiederum Land wird, lebt da das vorige Eigenthum wieder auf? Die l. 7. §. 5. D. 41. 1. sagt: nein; denn dieses ist verloren; das, was nun wieder Land geworden ist, kann demnach nur eine Accession für die Adjacenten bilden, was der vorige Eigenthümer vielleicht auch, vielleicht aber auch nicht oder nicht vollständig ist. Die Unbilligkeit fällt in die Augen, und da die lex cit. beisetzt: sed vix est, ut id obtineat, so war für die Auslegung ein weiter Spielraum gegeben. Wächter, welcher in Weiske's Rechtslex. Bd. I. S. 17. die verschiedenen Meinungen aufführt, bleibt bei dem natürlichen Verständniß stehen: in der Praxis werde sich diese strenge Consequenz nicht leicht geltend machen, daher sey die entgegenstehende Praxis gebilligt. — Daß übrigens durch bloße Ueberschwemmungen keine Veränderung am Eigenthum entstehe, ist unbestritten nach l. 23. D. 7. 4. — l. 7. §. 6. l. 30. §. 3. D. 41. 1. Zwar wollen Manche behaupten, daß das verlassene Flußbette stets wieder in das Eigenthum Dessen zurückkehre, welchem der Grund und Boden zuvor gehört hatte, aber das jus strictum ist denn doch bei einem

totus ager occupatus angewendet, l. 24. D. 7. 4. — l. 38. D. 41. 1. Ein dem Andern vom Fluß abgerissenes und mir zugeschwemmtes Land [avulsio, Anwälzung] erwerbe ich — und zwar, ohne Jenem zu einer Vergütung verbunden zu seyn, s. l. 7. §. 2. D. 41. 1.*) — erst durch Verwachsung und Zusammenwurzeln mit dem meinigen; denn bis dahin kann es der Andere noch vindiciren, wenn es nicht anders durch allmähliches Anschwemmen [alluvio im engern Sinne, Anspülung] mit meinem Erdreich schon verbunden ist. An Seen und Teichen findet die Erwerbung durch Alluvion nicht statt, l. 12. pr. D. 41. 1. — l. 24. §. 3. D. 39. 3., denn sie geben und nehmen kein Land, s. Köchy a. a. O. Bd. I. S. 73., Hagemann a. a. O. S. 249.; ob aber an Bächen? ist wohl zu bezweifeln, doch gegen Aymus de jure alluvionum Lib. I. c. 15. no. 1. bejahend beantwortet

---

*) Dem ist nicht entgegen §. 21. J. 2. 1. u. l. 5. §. 3. D. 6. 1. — s. Hagemann's Landwirthschaftsrecht S. 254., Köchy civilist. Erörter. Bd. I. S. 3. [Auch Wächter im Rechtslexik. B. I. S. 22. versagt dem frühern Eigenthümer des abgetriebenen Stücks den Entschädigungsanspruch; wogegen Sell Versuche I. S. 97. sowie Jacobi in Gerber's Jahrbüchern IV. S. 246., und zwar Letzterer namentlich mit Bezug auf Fr. 4. §. 2. D. 12. 1. diesen Entschädigungsanspruch (von dem Augenblick an, wo die avulsio durch Coalescenz in das Eigenthum des neuen Besitzers übergeht, also die bis dahin zuständige Vindikation wegfällt) für begründet halten. Ich halte die erstere Ansicht für die richtige; die l. 4. cit. handelt gar nicht von avulsio, sondern von Mobilien, welche durch die Strömung zugeführt („importata") werden; in diesem Sinne scheint sie auch von v. Vangerow Leitf. Bd. III. §. 628. III. a. E. aufgefaßt zu seyn. Der noch als Analogie genannte Fall eines versetzten Baumes in Fr. 5. §. 3. D. 6. 1. ist ein anderer, da hier die Billigkeit eine utilis in rem actio anrathen mochte, während bei Avulsionen, die offenkundig zu seyn pflegen, der frühere Eigenthümer es sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er, ohne sich mit der Vindikation zu rühren, so viel Zeit verstreichen läßt, daß Coalescens eintreten konnte.

Die Regalität der öffentlichen Flüsse nach deutschem Recht schließt die Fortdauer des römischen jus alluvionis keineswegs aus: Petr. Heigius Qu. juris II., 40. No. 85 sq. (1619). Auch die gemeine Praxis erkennt die Alluvion an, s. Wernher Sel. obs. for. I. 4. 131., Seuffert's Archiv IX. No. 8., und zwar ohne Unterschied, ob die Anspülung durch das Spiel der Natur allein, oder infolge künstlicher Anlagen geschah: Seuffert's Archiv XIII. No. 309.; Mevius Decis. VII. 301. (1726) erklärt entgegenstehende Partikulargewohnheiten sogar für unvernünftig. Dagegen erscheint das Recht der Avulsion in neueren Gesetzbüchern als antiquirt; so bestimmt das Preuß. Landr. I. 9. §. 223. 224., daß der bisherige Herr ein Wegnehmungsrecht binnen Jahresfrist und von da an der Herr des Hauptstücks ein Besitzergreifungsrecht haben solle. S. Pagenstecher Lehre v. Eigenth. II. S. 130. 131.]

von Gesterding im civilist. Archiv Bd. III. S. 68.*) Die Gesetze sprechen überall nur von Flüssen. Sümpfe werden als res nullius betrachtet, quae cedunt primo occupanti, Leyser Sp. 502. Med. 7. Größere Landseen stehen dem Meere gleich und sind folglich extra commercium, l. 112. D. 50. 16. — Elvers a. a. O. S. 539.

Zu 2) Nein; diese Rechte bleiben jederzeit auf die unmittelbaren Adjacenten beschränkt, l. 30. pr. D. 41. 1.

Zu 3) Nach einigen soll ein öffentlicher Weg, welcher zwischen dem verlassenen Flußbett und den angrenzenden Privatgrundstücken liegt, die Erwerbung durch Accession ganz ausschließen, s. Fritz in der von ihm besorgten 5. Ausg. v. Wening-Ingenheim's Lehrb. §. 139. not. 20.; das Gegentheil aber, nämlich daß er die Erwerbung des Flußbettes nicht hindere, findet Wächter im Rechtslex. Bd. I. S. 19. in l. 38. D. 41. 1. begründet. So auch Noë Meurer im Wasserrecht S. 5. 63. u. 161.

Zu 4) An einer Insel, nämlich im Fluß — denn eine Insel im Meer wird als res nullius primo occupanti zu Theil — und zwar an einer nicht blos schwimmenden, sondern mit dem Flußbette vereinigten Insel können auf verschiedene Art Rechte der Privaten erwachsen. Die Insel entsteht entweder dadurch, daß sich im Flußbette selbst eine Erderhöhung bildet, oder dadurch, daß sich der Strom einen neuen Arm ansetzt, so daß, was vorher festes Land war, nun eine zwischen dem alten und neuen Strom liegende Insel wird. Im letzteren Fall bleibt das vorige Eigenthum unverändert, im ersteren Fall aber wächst es den Eigenthümern der benachbarten Ufer zu, nach dem Grundsatz: was dem öffentlichen Fluß abgewonnen wird, gehört nicht dem Staat — sofern er nicht Ufereigenthümer ist —, sondern den Anliegern, §. 22. J. 2. 1., wovon das Gegentheil nur als theoretisches Problem in einer einzelnen Stelle l. 65. §. 4. D. 41. 1. hingestellt wird, s. Köchy a. a. O. Bd. I. S. 23., Danz zu Runde Bd. I. §. 106. Der Fluß wird dann der Länge nach in 2 Hälften getheilt, und wenn dadurch bestimmt ist, was nach den beiden Seiten fällt, so wird jede Seite nach der Breite der Aecker auf das Neue vertheilt. Liegt die Insel ganz außer der Mitte des Flusses, so ge-

*) Unbedenklich darf wohl angenommen werden, daß, wenn ein Bach, der sich in confinio befindet, dem Grundstück des Einen Land abschwemmt, und es auf der Seite des Andern nach und nach unmerklich ansetzt, der Letztere durch Alluvion das Eigenthum des angeschwemmten Landes erwerbe, Gesterding Ausbeute rc. Thl. III. S. 361. — l. 7. §. 1. D. 41. 1.

hört sie dem Angrenzer, auf dessen Seite sie liegt. Nach gemachtem Erwerb der Insel erwirbt der Eigenthümer auch, was sich weiter an dieselbe ansetzt, gerade so wie sonst vom Flußgestade aus, §. 22. J. 2. 1. — l. 56. pr. §. 1. l. 65. §. 3. D. 41. 1. — Wenn sich also die Insel nach und nach so verlängert, daß sie über die Länge meines Grundstücks hinaus sich längs dem Bereich meines Angrenzers erstreckt, so wird dieser Zuwachs doch nicht diesem, sondern mir erworben, s. Meurer Wasserrecht S. 65. Bei Privatflüssen richtet sich der Erwerb nach dem Eigenthum des Flusses, welches zuweilen nur Einem der Anlieger zusteht, Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 260.

---

§. 94.

Abschnitt 3. Vom Floßregal*) und der Fährgerechtigkeit.

1) Da h. z. T. der römische Begriff von flumen publicum nicht mehr entscheidend ist, sondern für einen öffentlichen Fluß derjenige gilt, welcher schiff- oder flößbar ist, so fragt sich, was unter einem flößbaren Fluß zu verstehen sey?
2) Haben die an einem öffentlichen Fluß oder Bach liegenden Mühlen-, Schleußen- oder Fischerei-Besitzer ein Widerspruchsrecht gegen eine vom Staate anzulegende Holzflößerei?
3) Ist da, wo eine Fährgerechtigkeit besteht, die Befugniß eines Jeden ausgeschlossen, durch eigene Fahrzeuge die Ueberfahrt seiner Güter oder anderer Personen zu bewirken?

Zu 1) Es gibt bekanntlich zweierlei Arten der Flößerei, nämlich insofern nur einzelne Hölzer durch die Gewalt des Wassers fortgeschwemmt werden, oder zusammengefügte Hölzer fortgeschafft und zugleich als Tragungsmittel von Personen und Sachen gebraucht werden. Mehrere, besonders ältere Schriftsteller begreifen nicht nur die zweite Art des Flößens, sondern auch die erstere, welche wohl in staatswirthschaftlicher Hinsicht nicht empfehlenswerth scheint, (s. Volz Entw. e. Ges. üb. d. Benutzung der Gewässer S. 72.) unter dem

*) Dürr de jure grutiae, vom Floßrecht. Mogunt. 1762., Cramer Obs. jur. univ. T. I. Obs. 162., Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. no. 83.

Floßregal, s. Fritsch de jure grutiae vel ratium 1668., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Thl. I. §. 107. Man sieht sich aber vergebens nach einem Grund um, das Flößen mit unverbundenem Holz (jus grutiae) zu einem Regal zu erklären. Auf Privatgewässern ist es vielmehr ein Recht des echten Eigenthums; auf gemeinschaftlichen Gewässern kann es, weil es meistens als ein Hinderniß des freien gemeinen Gebrauchs betrachtet werden muß, oder Beschädigung der Wassertheilhaber verursacht, selten, und auf öffentlichen Flüssen nur durch landesherrliche Concession ausgeübt werden, welche jedoch nur unter Entschädigung der Betheiligten zu ertheilen ist, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 269. — Die meisten neueren Rechtslehrer erkennen nur das Flößen mit verbundenen Hölzern, oder das Befahren des Flusses mit Flößen (jus ratium) als wahres Floßregal an, s. Eichhorn a. a. O., Maurenbrecher deutsch. Privatr. §. 295., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 222 a. (280.), und im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 136.

Zu 2) Daß die Regierung auch Privatflüsse schiff- und floßbar zu machen berechtiget sey, wodurch sie dann öffentliche Flüsse werden, ist unbezweifelt, versteht sich gegen Entschädigung der Wehre und Wassergerechtigkeiten der Privaten, s. Hofacker das Floßregal, v. Bülow und Hagemann's prakt. Erörter. Bd. VI. S. 343., worüber die Entscheidung den Gerichten zusteht, s. Mittermaier im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 136.

Zu 3) Die Fährberechtigten haben nur dann ein Widerspruchsrecht, wenn die Eigenthümer eines Fahrzeugs fremde Personen über den Strom oder Fluß führen, und dieses auch dann, wenn der Eigenthümer des Fahrzeugs nur ein Miteigenthum hatte, s. Entscheidungen der Göttinger Juristenfacultät in Elvers' Themis Bd. I. S. 543. no. 11., v. Rohr Haushaltungsr. Buch VIII. Kap. 7. §. 6., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. §. 108., v. Bülow und Hagemann a. a. O. Bd. VI. S. 345. Dagegen behauptet zwar Gründler in der Polemik des germanischen Rechts Thl. II. S. 415. und Hommel Rhaps. Vol. IV. Obs. 599., der Inhaber der Fährgerechtigkeit könne nicht berechtigt seyn, zu verhindern, daß die Unterthanen Waaren Anderer oder Menschen auf Fahrzeugen transportiren, weil das Befahren der Flüsse wie der Landstraßen Jedem freistehe; allein auch auf dem Lande ist der gewerbsmäßige Fuhrwerksbetrieb da, wo Postanstalten bestehen, häufig durch diese beschränkt, Selchow jus Germ. §. 527., Winkler de jure circa flumina §. 17.

§. 95.

Abschnitt 4. Vom Mühlenrecht.*)

1) Hat der oberhalb gelegene Mühlenbesitzer Macht, im Sommer, wenn die Wasser klein sind, zum Bedarf seiner Mühle das Wasser zu sammeln und zum Nachtheil der unterhalb Liegenden aufzuhalten?
2) Bedarf man zur Anlegung einer Mühle an einem eigenthümlichen Privatwasser auch landesherrlicher Concession?
3) Inwiefern ist die Wässerungsbefugniß der Adjacenten da beschränkt, wo Mühlen angelegt sind?

Vergl. übrigens oben Abschnitt 1. Rechte und Pflichten im Allgemeinen!

Zu 1) Die Meinungen hierüber sind sehr verschieden. Die Frage darüber kann jedoch nur da entstehen, wo dem Müller nicht schon bei Concessionirung seiner Mühle die Wasserhöhe bestimmt und seine Wasserbenutzung regulirt ist. — Wenn außer diesem Fall Gründler in der Polemik Thl. II. S. 427. dem oberen Müller durchaus das Recht abspricht, durch Stauung dem unteren Müller das Wasser in so weit zu entziehen, als er es bei niederem Wasserstand nur durch Stauen zum hinlänglichen Betrieb seiner Mühle gewinnen kann, so

---

*) Ueber Reparatur der Mühlgräben stellt das A.-Ger. zu Dresden den Grundsatz auf: sie gelten im Zweifel als Dienstbarkeit der Wasserleitung. Haben sie blos natürliche, d. h. durch die Neigung des Wasserlaufs und die Gewalt der Wasserströmung gebildete Ufer, so müssen diese Ufer die Adjacenten erhalten; allein im Zweifel muß angenommen werden, daß sie ein opus manufactum, bestände es auch nur in der Aushöhlung eines Wasserbetts ohne aufgerichtete Ufermauern oder Dämme, sind, und in diesem Falle muß, sofern nicht ein besonderer Rechtstitel das Gegentheil begründet, der Müller sie erhalten, Sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. N. F. B. X. S. 110., Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1852. no. 12. S. 93. — Der zur Wasserleitung über eines Andern Grundstück Berechtigte ist dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks gegenüber verbunden, die Wasserleitung in einem solchen Zustand zu erhalten, und sie so zu benutzen, daß er dem Eigenthümer außer der ihm durch die Duldung der Servitut selbst erwachsenden Belästigung keinen andern Schaden bereite, l. 3. §. 1. 5. D. 43. 20. — l. 3. §. 2. u. 9. D. 43. 21. Dem Müller liegt es daher ob, den Mühlgraben zu reinigen, und in wasserdichtem Staude zu erhalten, s. Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden in Seuffert's Archiv, VI. S. 13.

kann man ihm darin gewiß nicht zustimmen. Ist der Bach sein Privateigenthum, so ist nicht der entfernteste Grund dazu vorhanden; will man aber bei einem gemeinschaftlichen Wasser aus dem Recht der Mitbenutzung der übrigen Interessenten ein Widerspruchsrecht begründen, so kann man keinen richtigen Schluß darin finden, und muß vielmehr den vernünftigen Sinn der dem oberen Müller ertheilten Mühlgerechtigkeit dahin annehmen, daß er das ihm zufließende Wasser so lange und viel gebrauchen dürfe, als nöthig ist, um sein Gewerbe in stetigem Gange zu erhalten, und eben dies gilt von den an öffentlichen Flüssen angelegten Mühlen. Nur dann könnte die Concession des oberen Müllers restrictiv auszulegen seyn, wenn die untere Mühle erweislich früher entstanden ist, s. Meurer Wasserr. S. 186. Außerdem kann man Jenem das Recht, zu seiner Nothdurft zu stauen, wohl nicht absprechen, s. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. S. 13., v. Rohr Haushaltungsr. Buch. IV. c. 11. §. 26., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 239. (295.), Haubold Sächs. Privatr. §. 367., Westphal deutsch. Privatr. Thl. II. S. 173. Abweichend hiervon gesteht das bayerische Landr. Thl. II. Kap. 8. §. 15. dem oberen Müller das Stauungsrecht an Privatgewässern zwar unbedingt, an öffentlichen Flüssen aber durchaus nicht zu.

Daß der obere Müller, wenn und so weit es sein Bedürfniß erfordert, das Wasser stemmen und ansammeln dürfe, wenn dies auch dem unteren Müller zum Schaden gereichen sollte, hat das O.-A.-G. in Jena in mehreren Erkenntnissen als Grundsatz angenommen,*) mithin nicht, wie v. Langenn u. Kori in den Erört. Thl. II. no. 12., Pfotenhauer in Zachariä's Annalen Bd. II. S. 157. und Weiske Gewerbsr. S. 195. dafür halten, blos dann, wenn das laufende Wasser für den oberen Müller nicht einmal zur Betreibung eines Mahlganges hinreicht. Der Untermüller kann einen Widerspruch gegen das Wassersammeln des Obermüllers nur darauf gründen, daß dieser es zur Ungebühr ohne dringendes Bedürfniß vorgenommen habe. Der bloße seitherige Zustand ohne Prohibitivacte, oder sonstige positive Besitzhandlungen kann keinen eigentlichen Besitz, welcher durch possessorische Interdicte zu schützen wäre, hervorbringen, s. Emming-

*) Falls aber der Obermüller Schützen auf seinem Wehr anbringen, d. h. das Wasser in einem zur Treibung der Räder bestimmten Kanal aufstauen und davon beliebig nachher dazu benutzen will, um sein Werk in Bewegung zu setzen, so steht der Regel nach dem Untermüller eine act. confessoria zu, s. Urtheil des O.-A.-G. in Jena bei Emminghaus a. a. O. S. 196. no. 23.

haus Pand. des gem. sächs. Rechts S. 189. no. 12. Uebereinstimmend ist ein Erkenntniß des O.=A.=G. in Dresden, s. ebend. S. 196. no. 23., v. Rohr Haushaltungsr. Buch IV. c. 11. §. 25.

Zu 2) Der landespolizeilichen Aufsicht ist zwar die Anlegung einer Mühle allenthalben aus bekannten Gründen unterworfen, es sey nun eine Wasser= oder Windmühle; übrigens ist die Anlegung einer Wassermühle, wenn sie nicht an einem öffentlichen Fluß geschieht, im Eigenthumsrecht begriffen, und wenn der Staat das Recht, Mühlen zu errichten, als ein Regal anspricht, so hat er die Vermuthung gegen sich, s. Danz zu Runde Bd. I. §. 103., Quistorp prakt. Erörter. Thl. I. no. 4., Denecken Dorf= und Landrecht S. 313., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 237. (293. a.), Leyser Sp. 426. Med. 8., Struben rechtl. Bedenken Thl. II. no. 48., Müller Diss. de juribus molendinorum §. 20. Als Kennzeichen des in einem Lande bestehenden Mühlenregals wird die Entrichtung eines Mühlenzinses bei Anlegung einer Mühle betrachtet, welche jedoch nicht mit einer Gewerbesteuer verwechselt werden darf, s. Mittermaier a. a. O. — Ein Widerspruchsrecht anderer Müller, welche dadurch an ihrem Nahrungsstand verlieren, findet gegen eine landesherrliche Concessionsertheilung da, wo sie nöthig ist, nicht statt, s. Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. I. S. 280.

Zu 3) Bei dieser Frage stößt man auf eine mißliche Collision zwischen den Interessen der Landescultur und der industriellen Unternehmungen. Beide Interessen in das Gleichgewicht zu setzen, haben sich neuere Gesetzgebungen in Preußen, Würtemberg ꝛc. mehrfach bemüht, s. das preußische Gesetz wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung der Vorfluth v. 15. November 1811. Hie und da findet man specielle Bestimmungen gegeben, wodurch die Wässerung auf eine gewisse Anzahl von Tagen und Stunden eingeschränkt ist. An einem öffentlichen Flusse können alle Rechte in Bezug auf Anlagen und Ausübung der Wasserrechte nur durch Concession der Staatsgewalt erworben werden, und nur die Staatsregierung regulirt das Verhältniß der an einem öffentlichen Flusse zum Wassergebrauch von ihr berechtigt erklärten Personen, daher die Mühlenverleihung häufig auch das Recht enthält, so viel Wasser zu benutzen, als zur Betreibung der Mühle, soweit ihr eine gewiße Anzahl von Gängen verliehen ist, gehört, woraus also eine Beschränkung der übrigen Wässerungsberechtigten gefolgert werden kann, s. Strippelmann Samml. v. Entscheidungen d. O.=A.=G. in Cassel Thl. II. S. 200.

Anders aber ist es bei Privatgewässern. Da läßt sich die Be=

hauptung von Bülow und Hagemann in den Erörter. Bd. I. no. 3. 4. u. Bd. IV. no. 1.: „Niemand könne berechtigt seyn, das Wasser eines Bachs, der eine Mühle treibt, so zur Bewässerung seiner Grundstücke zu stauen oder abzuleiten, daß dadurch der Betrieb der Mühle gehindert wird,“ wohl nicht rechtfertigen, denn dafür ist weder ein Gesetz, noch ein anerkannter fester Gerichtsbrauch aufzufinden, vielmehr begünstigen die römischen Gesetze sehr das Wässerungsrecht der Anlieger eines Flusses, l. 17. D. 8. 3.

Bei Privatflüssen und Bächen, welche sich durch verschiedene Ländereien ziehen, so daß solches Gewässer als eine natürliche Einheit und Totalität der Gemeinschaft und dem Gebrauchsrechte Mehrerer unterliegt und von Natur unterliegen muß, ist nothwendig eine Gemeinschaft anzunehmen, sowohl zwischen den anliegenden Grundbesitzern, s. das Urtheil der Jenaischen Facultät bei Emminghaus Pand. S. 192., als auch zwischen dem Müller und den Wässerungsberechtigten, s. Seuffert und Glück's Bl. f. R.-A. Bd. I. S. 61. Daraus folgt aber nicht, daß der unten liegende Müller befugt wäre, dem höher liegenden Wiesenbesitzer die Benutzung des Wassers, die auf gewöhnliche Weise zur Bewässerung ausgeübt wird, zu verwehren, wenn gleich dadurch der Müller weniger Wasser bekäme, als er braucht; denn der Wiesenbesitzer handelt ja nur vermöge seines Rechts, und es liegt lediglich in der Natur der Sache, daß durch Ausübung seines Rechts der unten liegende Müller entbehrt, was sonst ihm zugeflossen wäre. Aus dem Recht der Mühlenanlage folgt zwar das Recht, das zur Mühle fließende Wasser zu benutzen, allein kein ausschließendes Recht des Wassergebrauchs. So entschied die Heidelberger Facultät in einem in Emminghaus Pand. I. S. 192. abgedruckten Erkenntniß,*) wogegen ein früheres Urtheil des O.-A.-G. in Dresden ebend. S. 195., indem es präsumtiv gleiche Rechte der Adjacenten am

*) Das Heidelberger Facultäts-Urtheil bemerkt hierüber noch: aus Veranlassung römischer Stellen hat sich schon früh, und durch die Erwägung, daß Derjenige, an dessen Grundstück das Wasser hinfließt, auch am ersten Nachtheile davon leidet, z. B. bei Ueberschwemmungen, die Rechtsansicht ausgebildet, daß die Adjacenten, deren Eigenthum sich längs dem fließenden Wasser eines Bachs hinzieht, sich dieses Wassers, wo es vorbeifließt, nicht blos zur Wässerung ihrer Grundstücke, sondern auch auf jede andere Art bedienen können, bei welcher jedoch da, wo das Wasser das Grundstück verläßt, dem Wasser sein natürlicher Lauf gelassen wird. Diese Ansicht ist im gemeinen deutschen Recht anerkannt, Günther D. de jure aquarum, Gesterding im civilist. Archiv Bd III. S. 63., Kori ebendas. Bd. XVIII. S. 43., Mittermaier deutsches Privatrecht §. 222.

Wasser supponirt, eine gegenseitige Beschränkung derselben unter sich statuirte, welche auch die Blätter f. Rechtsanw. a. a. O. sich aneignen, wo daher die entgegengesetzte Ansicht Kori's im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 37. 2c. bestritten wird.

§. 96.

Abschnitt 5. Von der Fischerei.

1) Ist die Fischerei ein Regal? insbesondere der Lachsfang?
2) Wenn der Wasserzufluß irgendwo eine Lache gebildet hat, wem steht es zu, darin zu fischen? Darf auch der Eigenthümer des umgrenzenden Landes die Lache ausfüllen oder verschließen?
3) Kann das Fischereirecht durch bloßen Nichtgebrauch in langer Zeit verloren gehen?
4) Darf der Fischereiberechtigte die Fische auch auf fremden Gründen wieder einfangen, wenn sie bei großem Wasser oder Durchbruch der Dämme dahin gerathen sind?
5) Kann Derjenige, welcher in einem Revier eines öffentlichen Flusses die ordentliche Verjährungszeit hindurch allein die Fischerei ausgeübt hat, ein Recht behaupten, Andere davon auszuschließen?
6) Ist im Fischereirecht auch der Krebsfang mit begriffen?
7) Was für Rechte hat der Fischereibesitzer zur Abhaltung von Beschädigungen?

Zu 1) Eigentlich kann dem Staat nur als Flußeigenthümer das Recht, in öffentlichen Flüssen zu fischen, beigelegt werden, gleichwie in Privatwassern den Privateigenthümern, s. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 329., Ramdohr jurist. Erfahrungen Bd. II. S. 60., Mittermaier a. a. O. §. 234. (291). Im Mittelalter oder wohl noch später wurde gleichwohl das Fischereirecht zu den Regalien gerechnet, und dies nach und nach in einem Maße, welches vom Eigenthum kaum verschieden ist. Ist das Fischereirecht einem Privaten verliehen, so darf er im Fluß nichts vornehmen, wodurch die freie Schifffahrt gehindert würde, Leyser Sp. 503. Med. 4. Die Meer- und Küstenfischerei, z. B. den Wallfisch-, Härings- und Sardellenfang, kann Jedermann frei ausüben, wo nicht besondere

Landesordnungen ihn einschränken, s. Hagemann Landwirthschaftsr. §. 209. Der Lachsfang gehört auch nur insofern ad regalia (uneigentlich genommen), als die Fischerei in öffentlichen Flüssen dazu gerechnet wird, Eisenberg und Stengel Beiträge rc. Bd. VI. S. 65. In nicht öffentlichen Gewässern steht den Ufereigenthümern gegenseitig die Fischerei bis zur Mitte des Wasserbettes zu, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 234.

Zu 2) Wenn die Lache in keiner Beziehung zu einem Fluß steht, so ist sie ohne Zweifel als ein Theil des Grundstücks, auf welchem sie sich befindet, zu betrachten, mithin Privateigenthum, l. 13. §. ult. D. 47. 10. — l. 24. §. 3. D. 39. 3. Außerdem, wenn sie nämlich durch den Fluß entstanden ist, kommt zunächst in Betracht, ob sie noch in Verbindung mit dem Flusse steht, oder ob die Verbindung bereits aufgehoben ist. Im ersten Fall ist sie den rechtlichen Verhältnissen des Flusses unterworfen und als Theil desselben anzusehen, l. 30. §. 3. l. 38. D. 41. 1. — l. 3. §. 17. D. 41. 2., wenn es nicht anders eine temporäre, von selbst wieder zurückgehende Ueberschwemmung ist, l. 1. §. 9. 43. 12.; ist aber die Verbindung wieder aufgehoben, so wird die Lache wieder Zubehör des Grundstücks, auf dem sie sich befindet. Auch kann dem Eigenthümer des Grunds nicht verwehrt werden, jene Verbindung durch Verdämmung seines Grunds wieder aufzuheben und den Fluß in seine natürlichen Grenzen zurückzuweisen, cf. D. tit. de ripa munienda (43. 15.), Funke im civil. Archiv Bd. XII. S. 300. Uebrigens findet auch auf Sümpfe und Lachen die Vorschrift Anwendung, daß es nicht erlaubt ist, das Wasser auf ein nachbarliches Grundstück zu leiten, wohin es seinen natürlichen Abfluß nicht hatte. Solches darf auch nicht durch eine Verdämmung des Sumpfes bewirkt werden, l. 1. §. 1. 2. D. 39. 3. Zwar setzt l. 2. §. 9. eod. dabei die Absicht zu schaden voraus; allein diese läßt sich von einer an sich schädlichen Handlung kaum trennen, Kori im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 52. not. 51.

Der Eigenthümer eines Teichs, welchen er austrocknen will, kann den Eigenthümer eines anliegenden Teichs nicht deswegen zwingen, die Schutzbretter seiner Schleußen zu erniedrigen, weil die Höhe, worin sie das Wasser erhalten, jene beabsichtigte Austrocknung verhindert, er könnte denn beweisen, daß das Wasser durch künstliche Anlagen auf diese Höhe getrieben werde, s. Lassaulx Annalen Bd. IV. S. 175.

Zu 3) Es kommt darauf an, ob es jure servitutis oder als Ausfluß des Eigenthums besessen war. Im ersten Fall kann es ohne

Zweifel durch 10—20—30jährigen Nichtgebrauch verloren gehen; im zweiten Fall aber kann dies selbst dann nicht behauptet werden, wenn der Eigenthümer das ihm allemal neben dem Servitutberechtigten noch als Eigenthümer zuständige Mitbenutzungsrecht noch so lange Zeit nicht ausgeübt hat; denn es stand ja blos in seiner Willkür, diese Nutzung zu ziehen oder nicht. Von diesem Fall kann daher die l. 7. D. 44. 3. nicht verstanden werden, wenn da gesagt ist, si quisquam in fluminis *publici* diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure uti probibet, v. Bülow und Hagemann's prakt. Erörter. Bd. VII. S. 328.

Zu 4) Wohl, wenn die Fische auf fremdes Land hingeschwemmt wurden, s. Leyser Sp. 502. Med. 8.; denn, wenn Gründler Polemik des germ. Rechts Thl. II. S. 422. das Gegentheil behauptet, so kann wohl nur so viel zugestanden werden, daß der Fischereiberechtigte den Grundbesitzer davon in Kenntniß setzen und ihn nöthigenfalls entschädigen muß. Sind aber seine Fische in Flüsse oder Ströme gerathen, worin ein Anderer das Recht zu fischen hat, so müßte er, um sie weiter zu verfolgen, erst untrügliche Kennzeichen nachweisen, welche seine Fische von anderen Fischen unterscheiden, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 234. (291.), Preuß. allgem. Landr. Thl. I. tit. IX. §. 178—182. Bildet das übergetretene Wasser einen neuen fischbaren Strom oder Arm, so versteht sich, daß er [der Adjacent] ihn auch befischen darf, da der vorige Besitzer des Grundes Besitz und Eigenthum durch Bildung des Stroms verloren hat, s. Gründler a. a. O. S. 361., Weiske Archiv f. prakt. Rechtskunde Thl. II. S. 48.

Zu 5) Diese bezüglich der oben zu Frage 3. angeführten l. 7. D. 44. 3. und l. 45. pr. D. 41. 3. bestehende Controverse scheint mit Leyser Sp. 503. Med.5. Coroll. 2. und Struben rechtl. Bedenken Thl. V. S. 37. dahin entschieden werden zu müssen, daß zur Ausschließung Anderer ein Prohibitionsrecht durch Verbot auf einer und Beruhigung auf anderer Seite erworben seyn müßte.

Zu 6) Ja, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 210. not. 1., Mittermaier a. a. O., Rohr Haushaltungsrecht Bd. VIII. Kap. 5., Weiske Handb. des allgem. Landwirthschaftsrechts S. 36.

Zu 7) Er kann fordern, daß Niemand durch Zäune, Dämme und andere Wehrungen oder durch Versetzung des Flusses ober- oder unterhalb den freien Gang der Fische hindere, nicht Hanf, Flachs oder andere schädliche Materien und Beizen in das Fischwasser bringe, und daß das Wasser bei einem nothwendigen Wasser- oder Mühlenbau nicht ohne seine vorherige Kenntniß abgelassen werde, v. Berg Handb.

des deutsch. Polizeirechts S. 380., Hagemann a. a. O. §. 210. Er kann Anstalten, durch welche die Fischerei zerstört würde, verhindern, und Thiere, welche ihr schädlich sind, wegfangen und verscheuchen, s. Hagemann a. a. O.

---

§. 97.

Abschnitt 6. Von Wasserleitungen.*)

1) Wenn ich das Wasser bisher durch einen Graben auf das tiefer liegende Grundstück geleitet habe, nun aber es durch einen Kanal, Deicheln oder Rinnen führen will, ist mir dies erlaubt, und auch umgekehrt?

---

*) Die Verhältnisse des Privaten, welcher aus einem öffentlichen Wasserbehälter Ableitung von Wasser bisher vornahm, gestalten sich nach Erkenntnissen des O.-A.-G. zu Cassel v. J. 1836. u. 1841. dahin, daß zwar das petitorische Interdict de aqua ex castello, l. 1. §. 38. 39. 45. D. 43. 20., ihm zusteht, er aber kein possessorisches Interdict, insonders nicht das de aqua quotidiana hat, Strippelmann Bd. III. S. 146.

Schon nach R. R. (l. 11. §. 1. D. 8. 4.) steht jedem Besitzer einer Wasserleitung das Recht zu, alle diejenigen Handlungen auf den daran stoßenden Grundstücken vorzunehmen, ohne deren Ausübung die Instandhaltung und Wiederherstellung derselben unmöglich seyn würde, namentlich den in derselben sich anhäufenden Sand und Schmutz bei deren Reinigung auf die angrenzenden Grundstücke zu werfen. Diese gesetzliche Bestimmung kommt auch h. z. T. in Anwendung, Klinger Dorf- u. Bauernrecht Thl. IV. S. 406., und ist insonderheit auf Wasser und Mühlgraben zu beziehen, bei welchen die angeführte Befugniß unter der Bezeichnung „das Recht des „Schaufelschlags" verstanden wird. Obschon die oben angezogene Stelle nur das Verhältniß einer servitutmäßig angelegten Wasserleitung betrifft, so hat doch der Gerichtsbrauch auf ohnstreitig sachgemäße Weise sich dahin entschieden, daß der Eigenthümer eines Mühlgrabens alles dasjenige auf den anliegenden Grundstücken vornehmen darf, was nothwendig ist, wenn das Eigenthum an dem Mühlgraben nicht in vielfacher Hinsicht soll aufgehoben oder vereitelt werden. Doch hat derselbe so zu verfahren, wie die Ausübung seines Rechts an dem Mühlgraben am wenigsten der anliegenden Grundbesitzer Eigenthum belästigt; insbesondere ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Berechtigte nicht etwa im Stande ist, alle hinsichtlich des Mühlgrabens nöthigen Vorrichtungen ins Werk zu stellen, ohne das Eigenthum der Anlieger zu belästigen, oder dies in dem fraglichen Maße zu thun, wenn er z. B. ein eigenes Grundstück an der gegenüber liegenden Seite des Mühlgrabens besitzt, s. Erk. des O.-A.-G. in Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1845. no. 31. S. 247., s. auch act. leg. Aquil. Wenn das Bette des Mühlbachs Eigenthum des Adjacenten ist, so erkennt derselbe Gerichtshof das Gebrauchsrecht des Müllers an dem Wasser nur als ein Servitut-

2) Wenn mir ein Servitutrecht der Wasserleitung für das bei mir entspringende Wasser zusteht, darf ich dasselbe auch für ein in der Folge mir noch zufließendes Wasser gebrauchen?
3) Wenn ein Wässerungsberechtigter aus einem Garten eine Wiese macht, oder umgekehrt, und dadurch mehr Wasser als zuvor verbraucht, hat der Nachbar deshalb ein Recht zur Beschwerde?
4) Wenn mir die Wasserleitung vom Fluß an mein angrenzendes Grundstück zusteht, kann ich sie dann, wenn der Fluß zurückgetreten ist, und mit Veränderung des Bettes eine andere Richtung genommen hat, durch Röhrenleitung noch ferner behaupten?

Zu 1) Meurer Wasserrecht S. 145. hält das erstere für erlaubt, wenn es ohne Schaden des Nachbars geschieht, das letztere aber nicht, weil dem Nachbar der Graben in seinem Gut nachtheiliger ist; aus einer Vergleichung der l. 1. §. 10. 11. l. 2. l. 3. pr. §. 1. D. 43. 20. ergibt sich aber, daß überhaupt dergleichen Veränderungen nur insofern zulässig sind, als sie für den Eigenthümer nothwendig sind, und ohne Nachtheil für den Nachbar ausgeführt werden können, ja im letzteren Fall berechtigt Jenen schon die bloße Nützlichkeit, s. Elvers' Themis, Bd. I. S. 521.

Zu 2) Nur dann, wenn es mir von Natur zufließt, nicht aber, wenn ich es künstlich hinleite, l. 1. §. 17. D. 43. 20. — Meurer a. a. O.

Zu 3) Nein; s. l. 3. §. 2. D. 39. 3. — Meurer a. a. O. S. 146.

Zu 4) Die l. 3. §. 2. D. 43. 20. entscheidet diese Frage dahin: daß ich es nicht könne, weil der diesfalls dazwischen liegende Grund nicht dienstbar, und somit die Dienstbarkeit unterbrochen ist.

Mehreres s. oben Abschn. 1. Rechte und Pflichten im Allgemeinen. Uebrigens ist hier auf die Servitutlehre zu verweisen.

---

recht, und den darin sich sammelnden Schlamm als Alluvion, daher als Eigenthum des Adjacenten, von dessen Grund und Boden der Grund des Mühlbachs nur eine Fortsetzung ist, während der Müller durch das Auswerfen des Schlammes nur ein adminiculum servitutis übt, s. Wochenbl. f. m. Rechtsf. 1852. S. 81.

§. 98.

Abschnitt 7. Vom Deichrecht.*)

1) Während bekanntlich die Deichlast oder die Unterhaltung der Dämme zur Abwendung der Ueberschwemmungen und Austrocknung der Moräste Denjenigen obliegt, deren angrenzende Ländereien dadurch geschützt und gebessert werden, fragt es sich, wenn der Fall eintritt, daß die bisherigen Deiche nicht mehr der Gewalt des andringenden Wassers widerstehen können, und deshalb weiter landeinwärts neue Deiche angelegt werden müssen, ob diejenigen Grundbesitzer, welche hierzu Grund und Boden herzugeben haben, und diejenigen, deren Grundeigenthum durch die Zurücksetzung der Deiche nun der Wasserbeschädigung Preis gegeben wird, Entschädigung von der Deichgenossenschaft zu fordern berechtigt sind?

2) Wenn die deichpflichtigen Grundstücke sich in getheiltem Eigenthum befinden, oder in Erbrechtsverband stehen, ist dann auch der Obereigenthumsherr zur Deichlast beizutragen verbunden?

3) Vermag unvordenkliche Verjährung von der Deichlast zu befreien?

Zu 1) Den Ersteren gebührt unzweifelhaft Entschädigung, die Letzteren müssen den Schaden, als durch Zufall entstanden, selbst tragen, s. Danz Handb. des deutsch. Privatr. Thl. I. §. 121., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 271., Pufendorf Obs. T. IV. no. 216. §. 5. Anderer Meinung ist zwar Dreyer in den Miscellaneen des deutschen Rechts S. 21. u. v. Halem D. de jure eliminatorum eorumque indemnisatione aequitati et juri magis consentanea, man wird aber wohl nur so viel zugeben können, daß die Besitzer der ausgedeichten Ländereien in dem Fall Entschädigung fordern können, wenn der Deich blos zur Verminderung der Unterhaltungskosten weiter zurückgesetzt wird, s. Runde deutsch. Privatr. §. 121. not. g.

Zu 2) Zunächst muß der Nutzungseigenthümer, subsidiär aber auch der Gutsher contribuiren, s. Hagemann Landwirthschafsr. S. 308., v. Bülow. u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 3.

---

*) Vergl. Hunrich's Entwurf eines Deichrechts in den Marschländern, v. Ende vermischte jurist. Abhandlungen Thl. I. S. 22.

Zu 3) Die Deichlast ist eine Reallast, von welcher keine Immunität und selbst unvordenkliche Verjährung nicht befreit, wenn das Grundstück in der Deichstrecke liegt, und der Ueberschwemmung wirklich ausgesetzt ist, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 226. (284.)

---

§. 99.

3. Vom Landeigenthum.

Obgleich das Eigenthum an Grundstücken sich nicht nur auf die Oberfläche des Bodens und was darauf gebaut oder aufgesetzt wird, sondern auch auf den Luftraum*) über dem Grund und Boden s. l. 21. §. 2. l. ult. §. 4. D. 43. 24. — l. 8. §. 5. l. 14. §. 1. D. 8. 5. — l. 44. D. 47. 10. — sowie auf das Innere des Grundstücks erstreckt, l. 13. §. 1. D. 8. 4. — l. 18. pr. D. 23. 5. — l. 7. §. 13. u. 14. D. 24. 3., so haben die Socialverhältnisse doch auch hier manche Beschränkungen der Dispositionsfreiheit erzeugt. Z. B.

1) In welchen Fällen kann man gezwungen werden, sein unbewegliches Eigenthum zu öffentlichen Zwecken abzutreten [Expropriation]? Aufgrabungen zu gestatten? oder auch
2) Privaten einen Weg über sein Grundeigenthum einzuräumen?
3) Bin ich schuldig, demjenigen, welcher behauptet, daß in meinem Grund und Boden Sachen von ihm vergraben seyen, das Herausgraben zu gestatten?
4) Muß ich mir das Ueberhängen von Aesten des auf diese Weise durch Beschattung meines Grundstücks meinen Gewächsen nachtheiligen Baumes oder einen meinem Gebäude schädlichen Baum des Nachbars gefallen lassen?
5) Muß ich dem Nachbar das Auflesen der von seinem Baum zu mir herüber fallenden Früchte gestatten?
6) Wenn Jemand in seinen Boden meinen Baum verpflanzt und derselbe schon darin gewurzelt hat, steht mir dann noch die Vindication zu?
7) Wenn ein Baum auf dem Rain oder auf der Grenze zwischen zwei Grundstücken steht, wem gehört er dann, wenn seine Wurzeln sich in beide Grundstücke verbreiten?

---

*) Das Jus dominandi über den Luftraum äußert sich zwar nur prohibitionsweise gegen Andere, insofern aber doch als ausschließende Benutzung und Abwehrung aller Eingriffe, s. Gesterding das Mährchen von der Luftsäule in dessen Ausbeute von Nachforschungen Bd. III. S. 447.

8) Wem ist im Zweifel das Eigenthum eines Feldrains zuzuerkennen?
9) Wem gehört im Zweifel der an der Grenze befindliche Graben?
10) Wenn Jemand sein Grundstück gegen jenes des Nachbars befrieden will, wie weit muß er mit der zu setzenden Hecke auf seinen Grund und Boden zurückrücken?
11) Darf ich an der Rückwand eines Gebäudes oder einer Mauer oder Planke meines Nachbars Spalierobst ziehen?
12) Durch welche Vorzüge zeichnet sich das Gartenrecht vor anderem Ruralbesitz aus?
13) Darf ich die zur Befriedung meines Grundstücks gesetzten Planken, Zäune, Riegelwände nach Willkür erhöhen oder erniedrigen, oder kann der Nachbar dagegen Einspruch thun?
14) Wenn die Planken mit einer Bedachung versehen werden, wie muß diese gerichtet werden?
15) Wenn ein Gut oder ein Grundstück sammt den darauf befindlichen Bäumen verkauft worden ist, gehören dann auch die darauf sich befindenden bereits abgehauenen Bäume dem Käufer?
16) Auf welcherlei Art können die Grenzen des Grundeigenthums bewiesen werden?
17) In welchen Fällen tritt Behufs der Grenzregulirung die act. finium regundorum ein?
18) Inwiefern ist sie unverjährbar?
19) Findet sie blos bei Grundstücken oder auch bei Gerechtigkeiten statt?
20) Auch bei Gebäulichkeiten?
21) Was ist Rechtens in Ansehung der mit der act. fin. reg. verbundenen Nebenforderungen an Früchten und Interesse?
22) Sind im Zweifel die natürlichen oder die künstlich angelegten Grenzen von entscheidendem Gewicht?

Zu 1) Es müssen entweder nothwendige und anerkannt gemeinnützige Zwecke seyn, und damitin der zweiten Beziehung kein Spielraum für die Meinung bleibe, sind in neueren Gesetzgebungen die normalen [Expropriations-] Zwecke ausdrücklich bestimmt worden, insbesondere zu Fortificationen und Militäretablissements, Erbauung oder Erweiterung von Kirchen, Schulhäusern, Spitälern, Kranken- und Irren-

häusern, für Gottesäcker, Flußrectificationen und Schiffbarmachung der Flüsse, Wasserleitungen, Straßenanlagen, cf. l. 14. §. 1. D. 8. 6., Kanälen, Häfen, Eisenbahnen, Telegraphen, Anstalten zum Schutz vor Ueberschwemmungen, zur Austrocknung der Sümpfe und anderen sanitäts- und sicherheitspolizeilichen Zwecken.

[Bei der zunehmenden Wichtigkeit der Zwangsenteignung oder Expropriation hat man in neuerer Zeit sich bemüht, das Prinzip derselben festzustellen. Zwei Auffassungen stehen einander gegenüber: nach der einen ist die Zwangsenteignung ein einseitiger Willensakt der Staatsgewalt, nach der anderen ein zwar durch den Staat erzwungenes aber doch privatrechtliches Rechtsgeschäft. Von dem vorausgestellten Princip aber hängt die Frage ab, mit welchem Moment die Zwangsenteignung perfekt werde, so daß der Expropriat ein Recht auf die Entschädigung erwerbe. Für das erstere Princip entscheiden sich v. Gerber System §. 90., Burkhardt in der Gießner Zeitschr. N. F. Bd. VI. S. 221 ff. und das O.-A.-G. zu Cassel (s. Hess. Arch. f. prakt. Rechtswiss. Bd. IX. S. 196 ff.), für das andere dagegen die bei weitem größere Mehrzahl der Rechtslehrer, z. B. Mevius Decis. II. 279., Höpfner Comment. §. 865., Glück Thl. XVI. S. 27., Thibaut Pand. §. 856 (ed. v. Buchholtz §. 438.), Maurenbrecher Deut. Privatr. Bd. I. §. 221., Beseler System Bd. II. §. 90., Bluntschli Deut. Privatr. Bd. I. §. 64., Brinz in Rotteck's Staatslex. Bd. V. S. 471., Häberlin im civilist. Archiv Bd. XXXIX. S. 200., Koch Deutschlands Eisenbahnen I. S. 40 ff. und das Lübecker O.-A.-G. in Seuffert's Archiv IV. No. 117. Dieselbe Ansicht wird in der gründlichen Darstellung von Martin im Hess. Arch. f. prakt. Rechtswiss. Bd. IX. S. 64—98. u. S. 169—202. verfochten. Martin betont den Unterschied zwischen den s. g. Nothfällen und anderweiten Expropriationsfällen; unter jenen versteht er den eigentlichen Nothstand, da eine sonst unüberwindliche Gefahr (Krieg, Pest, Hunger, Feuer) unaufschiebliches Eingreifen heischt; er sagt: „es ist der eigenthümliche Charakter der Nothfälle, daß für sie die Enteignung, sowie sie zu ihrer Rechtfertigung nicht der Ermächtigung durch ein Expropriationsgesetz, so auch zu ihrem rechtlichen Vollzuge keiner Vermittelung durch ein vorausgehendes Privatrechtsgeschäft bedarf. Das jus eminens hat hier zu seinem Inhalt das Recht der alsbaldigen, privatrechtlich unvermittelten Wegnahme und Verwendung des zum Staatszweck erforderlichen Privateigenthums, unter dem Vorbehalte nachfolgender Schadloshaltung." (S. 75.). Zu den eigentl. Expropriationsfällen dagegen rechnet er die, welche lediglich

durch den naturgemäßen Impuls organischer Fortentwickelung des öffentlichen Lebens begründet werden (Eisenbahnen u. s. w.), oder denen zwar ein an sich absolut nothwendiges Bedürfniß, jedoch ohne Nothstand, zugrunde liegt (Festungsbau, Kirchen, Todtenhöfe, Kasernen). Hier sey der Inhalt des jus eminens nur der, zu fordern, daß der Unterthan sein Privatrecht entgeltlich abtrete, während die Abtretung selbst ein Akt des Privatrechts, ein Rechtsgeschäft sey (S. 76.), genauer bestimmt: ein nothwendiger Verkauf; hieraus aber ergäbe sich, daß die Expropriation perfekt sey, sobald Object und Preis, sey es durch Vereinbarung oder durch Behördenentscheidung, feststehen (S. 170.)]

Das Eigenthum des Einzelnen muß auch dann zum Opfer gebracht werden, wenn die allgemeine Erhaltung es fordert, wie in Feuers- und Wassersnoth, oder aus Kriegsraison, in allen und jeden Fällen aber nur gegen vollkommene Entschädigung, s. Neuester Expropriationscodex. Nürnberg b. Riegel u. Wießner. §. 229.

Die nicht glossirte l. 2. C. 10. 27., welche die Besitzer von Vorräthen zu einer gezwungenen Abgabe um den bestehenden Preis, wenn Hungersnoth und Mangel droht, zwingt, ist auch in einzelne Landesgesetzgebungen übergegangen, z. B. Preuß. allgem. Landr. Thl. I. tit. 11. §. 7. — Zu Kiesgruben und Steinbrüchen darf das Privateigenthum nur im Mangel von Aerarialgründen in Anspruch genommen werden, s. Expropr. Codex §. 11.

Das Nachgraben nach erst zu entdeckenden Mineralien muß der Eigenthümer, wo er dadurch nicht beschädigt wird, nach l. 3. u. 6. C. 11. 6. — l. 13. §. 1. D. 8. 4. gegen Abgabe von 10 Procent gestatten; h. z. T. bestehen in Beziehung auf den Bergbau besondere Landesordnungen.

Zu 2) Auch einem Privaten gegenüber ist der Eigenthümer verbunden, den unentbehrlichen Weg zu einem Grabmal zu gestatten l. 12. pr. D. 11. 7., und die heutige Praxis dehnt diese Pflicht, gegen Entschädigung, auf alle Fälle aus, wo Jemand außerdem nicht an sein Grundstück gelangen könnte [s. g. Nothweg], s. Puchta Pan §. 145. Das Nothrecht im strengen Sinne des Worts ist im Al gemeinen von den Gesetzen in Schutz genommen, l. 40. l. 45. §. D. 9. 2. — l. 14. D. 19. 5. Die aequitas tritt hier öfter an Stelle des strengen Rechts, wie z. B. beim interd. de glande legen und nach l. 2. §. 5. D. 39. 3. bei der act. aquae pluviae arcend wie auch bei der act. ad. exhibendum. Es kann daher keinem Zwe unterworfen werden, daß Derjenige, welcher sich und sein Eigenthu

auf seinem Grundstück eingeschlossen, der dringendsten Feuers- und Wassersgefahr ausgesetzt sieht, in Ermangelung eines andern noch zugänglichen Wegs für sich und seine Effecten einen Weg durch des Nachbars Gebiet sich bahnen dürfe, s. Elvers' Themis Bd. I. S. 75. 2c. Was vom Nothweg zu Grundstücken Siculus Flaccus de conditionibus agrorum sagt: ad omnes autem agros semper iter liberum est, ist indirect bestätigt in l. 44. §. 9. D. de legat. I. (30.), versteht sich nur gegen Ersatz des Schadens, sowie überhaupt auch der Nothweg nur gegen Vergütung erlangt werden kann, s. leg. cit. „justo pretio". Eine besondere Anwendung der Lehre vom Nothweg findet sich in der Praxis bei der Aufführung und den Reparaturen der Gebäude, Mauern 2c., indem nämlich die Nachbarn den Handwerksleuten nöthigenfall den Zugang gestatten müssen, wozu das s. g. Recht des Hammerschlags kommt, welches den Nachbar verbindet, 2—3 Fuß seines Grund und Bodens für die Zeit der Bauten und Reparaturen der unmittelbar an der Grenze befindlichen Gebäude, Mauern 2c. herzugeben, s. Klöntrup Alphabet. Handb. d. besond. Rechte und Gewohnheiten 2c., Osnabrück. Recht sub voce Hammerschlag. — Elver's a. a. O. S. 118. — Daß Der, welcher durch eigene Schuld seinen früheren Weg verloren hat, seinen Nachbar nicht wegen eines Nothwegs in Anspruch nehmen kann, leuchtet von selbst ein, s. Voet Comm ad Pand. Lib. 8. tit. 3. §. 4. Doch gesteht ihn Pufendorf in Obs. jur. univ. T. I. obs. 240. dann zu, wenn der vorige Weg durch Nachlässigkeit eines Dritten, z. B. des Pächters, ihm verloren ging. Sind der Angrenzer mehrere, so muß die Imploration gegen sie insgesammt gerichtet und officio judicis überlassen werden, die zweckmäßige Richtung zu bestimmen, s. Elvers a. a. O. Mehreres s. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 471. bis 473., Weiske Handb. d. Landwirthschaftsr. §. 231., v. Soden Rechtsfälle. Nürnberg 1825. no. 8., Reinhard Abhandl. über einige wichtige Gegenstände des Civ.- u. Crim.-Rechts no. 3.

Der Grundsatz vom Nothweg wird beispielsweise auch zu Gunsten des Schäfereiberechtigten in Anwendung gebracht, wenn er zu einem öffentlichen Fluß oder Bach, Behufs des den Schafen vor der Schur besonders heilsamen Trinkens und Badens, nicht gelangen kann, ohne die angrenzenden Grundstücke zu berühren, Scholz Schäfereirecht §. 58. Indessen dürfte hier die Frage über absolute Nothwendigkeit, s. Elvers' Themis a. a. O., oft schwierig werden. Vergl. v. Soden Rechtsfälle a. a. O., Reinhard Abhandl. a. a. O., Weiske a. a. O., Hartitzsch a. a. O.

Zu 3) Der Eigenthümer eines Grundstücks, in welchem Sachen von mir vergraben sind, kann von mir mit dem interd. de thesauro auf Gestattung der Herausnahme belangt werden, l. 15. D. ad exhib. (10. 4.), sowie überhaupt der Eigenthümer eines Grundstücks, auf dem sich fremde Sachen befinden, unter den gehörigen Voraussetzungen ad exhibendum belangt werden kann, wie im Obligationenrecht weiter zur Erörterung kommen wird.

Zu 4) Wenn der Baum meinem Grundstück schadet, so kann ich nur verlangen, daß der Eigenthümer des Baumes die Zweige bis auf 15 Fuß Höhe abhaue, l. 1. pr. §. 7. 8. 9. D. 43. 27.*) — Ob ich damit auch in dem Fall zufrieden sein muß, wenn der Baum meinem Gebäude schadet, ist nach l. 1. §. 2. D. 43. 27. zweifelhafter, weshalb von mehreren Rechtslehrern die bejahende Meinung, als die gelindere, vorgezogen wird, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 137., dagegen Andere in diesem Fall das gänzliche Abhauen des Baumes statuiren, s. Fritsch de jure hortorum §. 34., Wildvogel de eo, quod justum est circa arbores Cap. III. §. 12., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. S. 59., v. Langenn u. Kori Erört. Thl. II. S. 241., was auch consequenter und billiger scheint — vorausgesetzt, daß der Schaden auf andere Weise nach Urtheil der Sachverständigen nicht entfernt werden kann.

[Nach einem ziemlich über ganz Deutschland verbreiteten, vielfach auch, obschon mit den verschiedensten Modifikationen, in das geschriebene Recht, und zwar nicht allein in zahlreiche ältere Ortstatuten, Provinzial- und Landrechte, sondern selbst in den Cod. Bavar. P. II. Cap. III. §. 20., das Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 9. §. 287 ff. u. österr bürg. G.-B. §. 422. übergegangenen alten Gewohnheitsrecht braucht kein Landeigenthümer die überhängenden Baumäste zu dulden: s. Emminghaus in der sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. N. F. Bd. XIX. S. 289., vielmehr steht ihm das s. g. Ueberhangsrecht zu, welches in der Regel zugleich das Ueberfallsrecht (s. zu Fr. 5.) begreift,

---

*) [Bekanntlich ist es eine alte Streitfrage, wie die quindecim pedes altius in der l. 1. §. 7. cit. zu verstehen seyen: Hugo Gesch. d. R. R. 11. Ausg. S. 206., Grimm i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. III. S. 354., Guyet im civil. Archiv XVIII. S. 31 ff., v. Vangerow, Leitf. I. §. 297. Anm. 4., Unterholzner Schuldverhältn. §. 423. Anm. d., Mühlenbruch Lehrb. II. §. 460. Für die namentlich von Hugo verfochtene Ansicht, daß die Aeste über 15 Fuß abzuschneiden seyen, sprechen die Worte „altius“, „ne umbra noceret“, und „si arbor aedibus impendeat“, Vergl. auch Bekker, in seinem Jahrbuch Bd. V. S. 170.]

ohne dieses aber Recht des Abzweigens genannt wird; s. Phillips Grundsätze 2. Aufl. Bd. I. §. 88., J. Grimm in d. Zeitschr. f. geschichtl. R.-W. III. S. 349 ff., Prosch die Rechte der Nachbarn (Schwerin, 1826.) §. 7. S. 57 ff., Hillebrand i. d. Zeitschr. f. deut. R. IX. S. 310 ff. — Bestritten ist die Frage, ob das Ueberhangsrecht auch auf Wald-Baumäste sich erstrecke, bejaht von Georg Institut. juris forest. Germanor. (1802) §. 158. u. Schenck Handb. üb. Forstr. u. Forstpolizei (1825.) §. 131. Not. a. b. und in einem Erk. der Göttinger Juristenfacultät (s. Eichhorn) u. von Eichhorn Einleitung §. 173. a. E.; verneint dagegen von Hartig Forst- und Jagdstaatsr. (1809.) S. 125. und Emminghaus a. a. O. S. 291—307. Letzterer gründet die Verneinung auf den Sachsensp. II. 35. (dazu Magdeb. Weichbildrecht Art. 126.), welcher nur Aeste, die über den Zaun hangen, beseitigt wissen will, ferner darauf, daß die Quellen immer nur von einzeln stehenden Bäumen reden, und endlich darauf, daß es im Allgemeinen germanische Tendenz war, Nachbarschaftscollisionen in Bezug auf Grenzen von Feld- und Waldbesitz zum Nachtheil des Feldes, zum Vortheil des Waldes zu entscheiden.

Von der Frage, ob der durch Ueberhängen von Baumästen des Nachbars beeinträchtigte Grundeigenthümer blos das Recht, diesen Ueberhang selbst wegzunehmen, oder ob er auch die actio negatoria gegen den Nachbar auf Abnahme der Aeste habe, ist der zweite Theil von sächsischen Gerichten (s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1843. S. 10 ff.) verneint worden, weil die prohibitorischen Interdikte blos zur Passivität, nicht zu positiven Handlungen verpflichten. Mit Recht ist aber hiergegen bemerkt, daß mit Gewährung des Interdikts nicht die negatorische Klage versagt sey, daß vielmehr diese mit dem Interdikt elektiv concurrire (vergl. l. 2. D. 43. 27.). Büttner in den Thür. Blätt. f. Rechtspfl. VII. S. 295—297.]

Zu 5) Wo nicht durch Statuten oder unzweifelhaftes Herkommen der Grundsatz des deutschen Rechts aufrecht erhalten ist: „was in des Nachbars Garten fällt, das ist sein," s. Sachsenspiegel Bd. II. Art. 52., Stryk Us. mod. Pand. Lib. 43. tit. 28. §. 1., Runde deutsch. Privatr. §. 284. b. [s. g. Ueberfallsrecht], da gilt die Vorschrift des tertio quoque die, nach l. un. pr. D. de glande legenda (43. 28.), über deren Auslegung der frühere und von Gesterding in der Lehre vom Eigenthum S. 24. erneuerte Streit, ob das quoque als Adverbium oder als Ablativ von quisque zu nehmen sey, von den Meisten dahin entschieden wird, daß nicht mit Gesterding das Erstere — nämlich, daß nach 3 Tagen die in meinen Garten gefallenen Früchte des Nachbarbaumes als res

derelictae oder durch Verjährung mein werden, bis dahin aber oder auch noch am 3. Tage dem Nachbar frei stehe, sie zu sammeln, — anzunehmen sey, sondern vielmehr das Letztere den richtigen Sinn gebe, nämlich, daß ich schuldig bin, dem Nachbar das Auflesen der auf meinen Grund herübergefallenen Früchte seines Baumes je am dritten Tage, d. i. je um den andern, also von heute auf übermorgen zu gestatten, s. Roßhirt Zeitschr. f. Civ.= u. Crim.=Recht Bd. I. S. 117. Vergl. Thibaut civilist. Abhandl. Bd. I. no. 1. und im Archiv f. civilist. Praxis Bd. I. S. 127., Schweppe Magazin Bd. I. S. 142., Puchta in Schunk's Jahrb. Bd. III. S. 21., Dirksen in d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. II. S. 421. Neuerlich ist jedoch von v. Vangerow im Leitf. f. Pand.=Vorlesungen §. 297. not. 3. und Guyet im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 64. ꝛc. in Ansehung der Frage, ob das tertio quoque die mit alternis diebus gleichbedeutend sey, ob also nur ein Tag, oder ob zwei Tage zwischen den zum Auflesen der Früchte bestimmten Tagen frei bleiben müssen, die letztere Ansicht geltend gemacht worden. Vergl. Grimm in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. III. S. 357., Cicero in Verr. orat. II. lib. II. c. 56. no. 139., Sueton. in vita Caesar. c. 40., Macrob. Saturnal. Lib. I. c. 13. 14., Isidori origg. Lib. VI. c. 17. §. 15.

Zu 6) Allerdings die rei vindicatio utilis; ist aber der Baum im fremden Boden noch nicht eingewurzelt, so habe ich rei vindicatio directa, l. 5. §. 3. D. 6. 1. — Wildvogel Diss. de eo qu. j. e circa arbores Cap. IV. §. 3.

Zu 7) Steht ein Baum gerade auf der Grenzlinie oder dem Raine, welcher zwei Grundstücke scheidet, so ist er beiden Grundeigenthümern gemeinschaftlich, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 137., Mathaei D. de jure arborum §. V., Wildvogel a. a. O. Cap. III. §. 8. Ist aber derselbe nahe an der Grenze, so ist das Eigenthum nicht nach den Wurzeln, wie ehedem behauptet wurde, zu beurtheilen, sondern der Baum gehört Dem, auf dessen Grundstück er aufgewachsen ist, s. Höpfner's Institt. Comm. §. 327., Hagemann a. a. O. §. 137., cf. l. 6. §. 2. in f. D. 47. 7.

Zu 8) Nach den eben angeführten und nach anderen Autoritäten, z. B. Hofacker Princ. jur civ. T. II. §. 908., Preuß. allgem. Landr. Thl. I. tit. 8. §. 118. gilt, so wie von den zwischen den Nachbarhäusern befindlichen Reihen, Winkeln, Lücken, s. Boch Unterricht von Baustreitigkeiten S. 27., Koch de jure viciniae S. 469., auch in Ansehung der zwischen nicht abgemarkten Feldern befindlichen Raine

die rechtliche Vermuthung für gemeinschaftliches Eigenthum der Angrenzer. Dafür spricht die Entstehungsart der Raine, welche zunächst zur Wendung bestimmt sind, zu welchem Ende häufig verordnet ist, daß jeder Ackerbesitzer einen Schuh zum Raine liegen lassen müsse. Ist freilich der Rain über 2 Schuh breit, so wird dieser Entscheidungsgrund bedenklich, s. v. Rohr Haushaltungsr. Buch II. S. 706., Hildebrand D. de legitimo praediorum spatio §. 20., P. Müller D. de interstitio praediorum, Oettinger de jure limitum. Cap. 13. §. 7. Ein hoher Rain wird dem anhangenden oberen Acker allein von oben bis unten auf die Ebene zugeeignet, Oettinger de jure et controvers. limitum. pag. 335. u. 420.

Zu 9) Bloße Grenzgräben sind als Eigenthum Desjenigen anzusehen, auf dessen Grund und Boden der Aufwurf befindlich ist, weil in der Regel Niemand auf des Andern Eigenthum graben oder den Erdaufwurf darauf legen darf, s. Hommel Rhaps. Obs. 301. Wenn Gräben blos zum Schutz der Zäune, Hecken oder Hagen aufgeworfen sind, so gilt das Sprüchwort: Wem der Hagen, dem der Graben, s. Eisenhart deutsch. Recht in Sprüchwörtern S. 125., Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 168.

Zu 10) Er muß damit 2—3 Fuß zurückrücken, s. Hagemann's Landwirthschaftsrecht §. 167.*) Daher kann auch Derjenige, welcher statt der vorigen Hecke eine Planke setzen will, mit dieser wiederum 2—3 Fuß hinausrücken, Gebr. Overbeck Meditat. Bd. IV. no. 227. Breitet die Hecke ihre Zweige weiter über des Nachbars Grund aus, so kann dieser die Beschneidung derselben insoweit rechtlich verlangen, s. Klaproth Entscheidungen verhandelter Rechtsfälle Thl. I. S. 873., Struben rechtl. Bedenken Thl. V. S. 281.**) Daß man mit Setzen der Bäume sich 5 Fuß von der Grenze entfernt halten müsse, wird

---

*) Gegentheilig erkannte der Schöppenstuhl in Leipzig: daß ein Zaun von der Nachbargrenze in gewisser Entfernung stehen müsse, läßt sich im Allgemeinen nicht behaupten; l. 13. D. 10. 1. schreibt nur vor, daß bei Anlegung der Zäune die Grenze nicht überschritten werden soll, s. Emminghaus Pand. S. 441. no. 7., vergl. Eisenhart Opusc. 1761. p. 216.

**) Zur Literatur des Landwirthschaftsrechts überhaupt ist vorzüglich noch zu bemerken: Weiske Handb. des allgem. Landwirthschaftsrechts. Leipzig 1838., v. Rohr vollständiges Haushaltungsr. Leipzig 1734—1738., v. Beneckendorf Oeconomia forensis. Berlin 1775—1785. VIII Theile, Leyser jus Georgicum. Lips. 1741., Klingner Sammlung zum Dorf- und Bauernrecht. IV Theile. Leipzig 1749—1755., Gabken Grundf. des Dorf- und Bauernrechts. Halle 1780., Kretschmer Oeconomia forensis. 3 Theile. Berlin 1833—1835.

h. z. T. nur als eine in l. 13. D. 10. 1. aufbehaltene Antiquität betrachtet, s. Kori Erörter. Bd. II. S. 244., Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 137. ꝛc.

Zu 11) Nein; denn indem dadurch der Luftzug verhindert wird, wird die Fäulniß schneller herbeigeführt, s. Hagemann a. a. O. §. 137., Fritsch de jure hortorum §. 34.

Zu 12) Da das Gartenrecht in der Befugniß besteht, ein Stück Land zu diesem Zwecke zu befrieden, einzuhägen oder zu umzäunen, so versteht es sich von selbst, daß ein solches Grundstück nicht der Auszehndung, der Bejagung, der Beweidung oder anderen dergleichen Dienstbarkeiten unterworfen seyn könne, deren Ausübung dadurch vereitelt oder beschränkt würde, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 135., Meurer Forst- und Jagdrecht Thl. II. S. 46., Eisenhart das Recht in Sprüchwörtern S. 228., Leyser jus Georgic. Lib. III. c. 19. §. 15.

Zu 13) Wenn keine Einschränkung der natürlichen Freiheit bewiesen werden kann, so steht in Ermangelung besonderer particularrechtlicher Bestimmungen auch dem Nachbar kein Einspruch deshalb zu, s. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. no. 24. §. 1.

Zu 14) So, daß weder das Uebergebäu, noch der Tropfenfall in das Grundstück des Nachbars reicht. So muß auch eine Befriedung, welche, wie z. B. eine Mauer, von der Stärke und Dicke ist, daß sie nicht auf der Grenzlinie stehen kann, auf des Bauherrn eigenen Boden zurückgesetzt werden, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 166.

Zu 15) Nein; ex natura venditionis non veniunt separata a solo tempore venditionis. arg. l. 80. §. 2. D. 18. 1. — Wildvogel Diss. de eo qu. just. est circa arbores Cap. III. §. 3.

Zu 16) Entweder durch natürliche Begrenzungen, wie Flüsse, Wege ꝛc., wenn sie in einem regelmäßigen Zusammenhange stehen, — oder durch künstliche Grenzzeichen, wie Hecken, Mauern, Gräben, Planken, Zäune, Kreuzsteine ꝛc., letztere jedoch nur, insofern sie als Grenzsteine durch ihre Unterlagen von Kohlen, Eierschalen, und anderen der Fäulniß sehr widerstehenden Dingen kenntlich gemacht sind, Struben rechtl. Bedenken Thl. V. no. 81., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 162. Zu den Grenzzeichen gehören auch die Lochbäume, auch Mahl- und Lagerbäume genannt, arbores finales s. terminales, §. 6. J. de officio judicis (4. 17.) notatae arbores latis cicatricibus signatae. Sic. Flaccus de conditionibus agrorum pag. 8. Bei stagnirenden Seen und Teichen, deren Umfang durch allmälige Austrocknung und Entwässerung oftmals in Unordnung gerathen ist, muß man zur Wieder-

herstellung der alten Grenzen auf ehemaligen vollen-Wasserstand oder Wasserspiegel, und wie weit sich derselbe erstreckt hat, sehen, welches von Kunstverständigen, mit Rücksicht auf die etwa noch vorhandenen Dämme, durch ein ordentliches Nivellement ausgemittelt werden kann, s. Hagemann a. a. O. §. 164. Bei Flüssen und Bächen ist die Grenze das Product ihres vollen Wasserstandes, s. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle Bd. I. no. 84., Pufendorf animadvers. no. 29. — Ueber die Grenzen, so Land- als Wasser- (Ufer-) Grenzen, ist zu vergleichen Weiske Handb. des allgem. deutschen Landwirthschaftsrechts §. 119—136.

Zu 17) Sie ist für den Fall gegeben, wo es an gesetzlich charakterisirten Grenzen — wie öffentliche Wege und Flüsse, l. 5. D. 10. 1. (nicht auch bloße Abzugskanäle oder Privatgewässer, welche zwar möglicher, aber nicht nothwendiger Weise die Grenze bilden können, l. 6. eod.) — oder an legitimen Grenzzeichen fehlt. Diese Klage fundirt sich auf eine durch die Gesetze ausgesprochene Verbindlichkeit, die Ungewißheit des Eigenthums, welche mit einem geordneten Rechtszustande der Staatsbürger unvereinbarlich ist, zu heben. Sie fällt daher eigentlich in das Gebiet des Obligationenrechts; finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. cf. §. 20. J. 4. 6. — und bildet in den Rechtsquellen eine der drei Theilungsklagen (judicia divisoria), ob ihr gleich nicht eigentlich eine communio, sondern nur die Negation eines privativen Eigenthums oder Ausschließungsrechts zu Grunde liegt. Sie dient sowohl zur Herbeiführung einer ersten Vermarkung anliegender Grundstücke, als auch zur Erhaltung und Wiederherstellung einer früher bestandenen, aber schadhaft gewordenen oder abhanden gekommenen Vermarkung, s. Wiederhold im Archiv f. civilist. Praxis Bd. XIII. S. 60., Weiske Andeutungen über Grenzberichtigung bei Privatgrundstücken in der skeptisch-praktischen Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände S. 55. In Betreff der l. 13. D. fin. reg. 10. 1. ist zu bemerken: Rosen fragm. Gajani de jure confin. quod exstat in l. ult. D. fin. reg. interpretat. Lemgo 1831.

Folgenden interessanten Fall, wo bei anscheinend gewissen Grenzen der act. fin. reg. stattgegeben und die Einrede der Verjährung verworfen wurde, erzählt Schmidt in den hinterlassenen Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien Bd. II. S. 230.:

C. hat einen Gras- und Baumgarten, welcher an des S. Buschholz angrenzt. Nun ist zwar noch ein Lagstein und eine Lagbirke vorhanden, welche jenen von diesem ablagert; allein C. und dessen Vorbesitzer hatten dadurch, daß sie den Zaun des Gras- und Baum-

gartens immer an das Buschholz des S. angebunden, denselben in Zeit von 49 Jahren soweit nach und nach herausgetrieben, daß er nun auf dem weitesten Punkt 9 Ellen über der Laglinie auf dem Grundstück des S. steht, weshalb dieser verlangt, daß der Zaun nach der Laglinie eingerückt werde. Diesem Begehren wurde auch Statt gegeben und eine confusio finium angenommen, indem nicht mit Gewißheit zu erkennen war, ob der Zaun oder die zwischen der Lagbirke und dem Lagstein befindliche gerade Linie beide Grundstücke von einander absondere, hiernächst in Betracht gezogen, daß die l. 5. C. 3. 39. die Grenzscheidungsklage ohne Unterschied, ob über die Grenze selbst, oder über das Eigenthum des Grundstücks gestritten wird, zuläßt, eine Verjährung aber um so weniger anzunehmen war, als das Hinaustreiben des Zauns nicht auf einmal, sondern seit 40 Jahren nach und nach bewirkt worden ist.

Während Ungewißheit der Grenzen als absolute Voraussetzung der act. fin. reg. gedacht werden muß, können sich doch in praxi die Fälle derselben verschieden gestalten. Entweder

A. beide Theile erkennen das Bedürfniß bestimmter Grenzen an, werden über den Grenzzug einig: dnnn bedarf es einer Klage nicht, sondern die Grenznachbarn lassen durch geschworene Märker den vereinbarten Grenzzug ausführen, l. 11. D. 10. 1., Weiske skeptisch-praktische Behandlung einiger civilrechtlicher Gegenstände S. 57. not. 3. Oder:

B. sie sind über den Grenzzug uneinig, in diesem Fall sind entweder

a) beide Theile in Ungewißheit über die wahre ursprüngliche Grenze; z. B. Elementarereignisse, Bosheit oder Schuld können jede Spur vertilgt haben, oder

b) ein Theil weiß und behauptet die richtige Grenze, während der andere widerspricht. Im letztern Fall ist der Asserent entweder im Besitz der Fläche, welche von der von ihm behaupteten Grenze eingeschlossen wird, oder nicht.

Zu a) Daß der sub lit. a. bezeichnete Fall (einer Grenzverwirrung) sich hauptsächlich zur act. fin. reg. qualificirt, ist außer Zweifel. Da hat denn der Richter alle Behelfe zur Ausmittelung der unsichtbar gewordenen Grenze, Beweisgründe und Vermuthungen, Urkunden, Zeugen und Sachverständige zu erforschen, und übt endlich, mit Beiziehung der Letzteren, sein Adjudicationsrecht nach vernünftigem Ermessen; l. 2. §. 1. l. 8. D. 10. 1. — §. 20. J. 4. 6. — Sternberg im Archiv für civilist. Praxis Bd. XVII. S. 431. Dieses Ab-

judicationsrecht hat einen außergewöhnlichen, aber durch die Natur der Sache gebotenen Umfang. Es kann z. B. der Fall seyn, daß das Terrain in dem eigentlichen confinium keinen klaren festen Grenzzug gestattet. Nachdem aber einmal die Gesetze eine völlige Bestimmtheit des Eigenthums zur unerläßlichen Aufgabe gemacht haben, mußten sie den Richter auch ermächtigen, dies, so weit es immer möglich ist, zu bewerkstelligen, wenn auch die Möglichkeit nur durch Zulegen und Wegnehmen vom unstreitigen Eigenthum bedingt ist; l. 2. §. 1. l. 3. D. 10. 1. Judici fin. reg. permittitur, ut — si forte amovendae veteris obscuritatis gratia per aliam regionem fines dirigere judex velit, potest hoc facere per judicationem et condemnationem. (Zusprechung an Einen gegen Entschädigung des Andern.)

Zu b) Den zweiten Fall (einer Grenzirrung) wollen Mehrere von der act. fin. reg. ausschließen; Leyser Sp. 454. Med. 11—14., Hellfeld jurispr. for. §. 719., s. dagegen Schmidt Lehrb. von Klagen und Einreden ed. Weber §. 1143., Allgem. juristische Zeitung v. J. 1828. no. 30., Sternberg im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 426. — In diesem Fall tritt der frühere durch l. 5. C. 3. 39. beseitigte Unterschied zwischen einer controversia de fine (ursprünglich in Betreff des auf 5 Fuß Breite vorgeschriebenen Grenzrains zwischen den Grundstücken; l. 31. C. Th. fin. reg., Glück Thl. X. S. 437.) und der controversia de loco hervor, und die Sache gestaltet sich mehr zu einem Eigenthumsstreit, oder wie l. 3. C. 3. 39. sagt, zu einer querimonia, quae proprietatis controversiae cohaeret. Wohl mag mancher Kläger sich in einem solchen Fall, besonders wenn böswillig oder schuldhaft die Grenzzeichen unsichtbar geworden sind, bewogen finden, den Vindicationsproceß einzuschlagen, und lieber das Bestimmte rechtlich zu fordern, als ein judicium arbitrarium anzugehen. Auch wird die heutige Proceßart*) sehr zur Wahl des Ersteren beitragen. Allein

*) Sehr richtig bemerkt Sternberg in Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 439.: „die Begriffsverwirrung heutiger Zeit über die Natur der act. fin. reg. scheint großentheils darin ihren Grund zu haben, daß die heutige Praxis die Verhandlungsmaxime zu sehr auf die Spitze treibt, die act. fin. reg. aber ihrer Natur nach sich darein nicht schmiegen kann." Insbesondere widerstrebt ihr die absolute Theilung des Processes in zwei Stadien, der Verhandlung und des Beweises. Im Archiv d. Civil- und Criminalrechts f. d. k. preuß. Rheinprovinzen Bd. XVII. S. 191. wird angenommen: wenn die act. fin. reg. zu dem Zweck angestellt wird, daß dem Kläger das Eigenthum eines bestimmten Theils des sich im ruhigen Besitz des Beklagten befindenden Grundstücks zuerkannt werde, so ist die Klage in rechtlicher Beziehung wie eine petitorische (rei vindicatio) zu behandeln.

Zu 20) Die entscheidende Gesetzesstelle lautet: Hoc judicium in confinio praediorum urbanorum displicuit: neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur, et communibus parietibus disterminantur, l. 4. §. 8. u. 10. D. 10. 1. cf. Cicero Topic. Cap. 10., Puchta in der Zeitschr. f. Recht u. Gesetzgebung in Kurhessen Heft 2. Stück 1.

Zu 21) Von Zeit der Litiscontestation an müssen dem Sieger Früchte restituirt werden, ohne Unterschied zwischen bon. oder mal. f. possessor. In Ansehung der vor der Litiscontestation percipirten Früchte ist zu unterscheiden zwischen extantes und consumti: erstere müssen immer, letztere nur im Fall eines unredlichen Besitzes restituirt werden, l. 22. C. de R. V. (3. 32.); l. 4. §. 2. D. 10. 1. — l. 56. D. fam. erc. (10. 2.)

Damit steht die Verbindlichkeit zur Rechnungsablage von selbst in Verbindung, auch muß der unterliegende unredliche Besitzer alles Interesse, sowohl positiven Verlust als entzogenen Gewinn vergüten, s. Glück Thl. X. S. 465.

Zu 22) Diese Frage möchte in der Regel mit Sic. Flaccus de condit. agror. pag. 6. dahin zu beantworten seyn: — hae, quae manu fiunt, praecipue fidem habere debent, quoniam intelliguntur ex industria convenientiaque possessorum fieri, vgl. Weiske Landwirthsch. Recht §. 121. a. E. über den Beweis der Grenzen: ob Natur oder artificielle Grenzen den Vorzug verdienen.

---

§. 100.

4. a) Forst- und Jagdrecht, Vogelfang.

Das Forstwesen ist in dreierlei rechtlichen Beziehungen in das Auge zu fassen:

1) in Ansehung der Forsthoheit oder Forstpolizei; (denn von einem Forstregal — wie Viele unter Vermischung des Begriffs von Regal und forstlicher Obrigkeit*) sich ausdrücken, s. Danz zu Runde Bd. II. §. 140. — kann im Allgemeinen die Rede nicht seyn; s. Mittermaier deutsch. Privatrecht §. 263.)

2) In Ansehung der aus dem Eigenthum an Wäldern fließenden Befugnisse, — welche eben alle Benützungsarten des Bodens und der Bäume in sich fassen, namentlich also auch

*) In Frankreich drückte man dies also aus: „die Waldungen sind unter den Schutz der Nation gestellt."

das Recht des Verkohlens, der Bereitung von Potasche, Theer ꝛc., s. Moser's und Gatterer's neues Forstarchiv Bd. I. §. 43.

3) In Ansehung der s. g. Forstrechte oder Waldservituten, unter welchem Titel auch alle Arten der Waldnutzungen zum Vorschein kommen, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 282., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 188—192.

In wie weit zu 2. und 3. Beschränkungen der Dispositionsfreiheit und der Art der Ausübung der Servituten aus dem Grund der Forsthoheit oder des besonderen Schutzes der Wälder, welchen der Staat unter dem Titel der Forstpolizei sogar gegen die Waldeigenthümer selbst hier und dort ausübt, stattfinden, darüber kann im Allgemeinen nichts festgestellt werden, da in allen Ländern besondere Forstordnungen ihre eigenthümlichen Bestimmungen enthalten. Wir können daher nur die, bezüglich einzelner Privatrechte unter sich vorkommenden Collisionsfälle in Betracht ziehen.

1) Kann der Jagdberechtigte den Waldeigenthümer an der gänzlichen Ausrodung seines Waldes rechtlich verhindern?
2) Kann die Ausrodung eines lehnbaren Holzes dem Lehnmann vom Lehnherrn untersagt werden?
3) Kann der Waldeigenthümer in Anlegung von jungen Schlägen, Besaamungen, Anpflanzungen und Schonungen durch die Weideberechtigten beschränkt werden?
4) Wenn der Holzungsberechtigte eine bestimmte Quantität Holz jährlich zu beziehen hat, muß dann im Fall der unzulänglichen Ertragsfähigkeit des Waldes der Eigenthümer desselben mit seinem eigenen Holzbedarf zurückstehen?
5) Hat ein unbestimmtes Beholzungsrecht nicht auch seine Grenzen, und welche? insbesondere auch dem Eigenthümer gegenüber, im Fall der Waldertrag nicht für beide ausreicht?
6) Wenn die Waldweide in Beziehung auf Anzahl und Arten des treibbaren Viehes unbestimmt ist, können dann doch gewisse Viehharten gleichwohl von der Waldhut ausgeschlossen werden?
7) Wenn ein Gut den Bauholzbezug in unbestimmter Größe hergebracht hat, kommt demselben dann der wirkliche Bedarf uneingeschränkt zu?
8) Wenn durch Feuersbrunst die Gebäude des Waldeigenthümers und der Holzungsberechtigten zugleich verheert worden sind, und der Wald nicht die für Beide zugleich hinreichende

Quantität Holz zu liefern vermag, wer ist dann vorzugsweise zu befriedigen, der Eigenthümer oder der Servitutberechtigte?

9) Trifft die durch Raupenfraß, Brand, Windbrüche 2c. nothwendig gewordene Reduction oder völlige Einstellung des Holzbezugs zunächst Denjenigen, welcher das jus lignandi hat, oder zugleich auch den Waldeigenthümer?

10) Wenn einem Gut das Beholzungsrecht ohne nähere Bestimmungen beschrieben ist, ist darunter blos Brennholz oder auch das Bauholz zu verstehen?

10a) Ist bei einem vieljährigen Holzbezug gegen einen gewissen Forstzins auf eine Servitut zu schließen, oder eine willkürliche Preisbestimmung anzunehmen?

11) Gehört dem Waldeigenthümer das Eckerich, d. i. die Lese der Eicheln, Buchnüsse und anderer ohne Pflanzung wachsenden Früchte ohne Einschränkung?

12) Wenn Jemand in einem fremden Wald das Recht der Eichellese oder der Mastung als Servitut erworben hat, und dasselbe seinem Umfang nach unbestimmt geblieben ist, wonach ist dieser dann zu bestimmen, wenn zwischen ihm und dem Eigenthümer Streit über die Quantität des Bezugs entsteht?

13) Ist in der Waldweide auch das Mastungsrecht begriffen, oder in dem Recht der Mastung auch die Eichellese?

14) Wie ist bei unbestimmtem Mastungsrecht die Zahl der einzutreibenden Schweine zu bestimmen?

15) Was wird zur hohen, und was zur niedern Jagd gerechnet?

16) Kann Derjenige, welchem die Jagdgerechtigkeit simpliciter verliehen ist, sowohl die hohe als niedere Jagd ansprechen?

17) Welchen gesetzlichen Beschränkungen ist die Ausübung der Jagdgerechtigkeit unterworfen?

18) Ist in der Concession der hohen Jagd die niedere von selbst begriffen zu erachten?

19) Ist bei einer verliehenen Jagdgerechtigkeit für eine Erb- oder Gnadenjagd zu vermuthen?

20) Kann der Inhaber einer Gnadenjagd dieselbe beliebig an Andere cediren und überlassen?

21) Wenn Waldungen zu Lehen gegeben sind, ist das Jagdrecht darin als mit verliehen zu betrachten?

22) Ob und unter welchen Einschränkungen darf man das im

eigenen Jagdbezirk angeschossene Wild in fremdem Jagdbezirk verfolgen [Jagdfolge, sequela venatoria]?

22a) [Wer erwirbt an dem unbefugter Weise erlegten Wild das Eigenthum?]

23) Darf man das in eigene Höfe, Gärten oder sonst geschlossene Plätze eingedrungene Wild erschießen?

23a) Ist ein bloßer Pächter der Jagd befugt, fremde Hunde im gepachteten Jagddistrict todt zu schießen?

24) Kann jeder in seinem Jagdrevier nach Belieben Treibjagden anordnen?

25) Kann bei gemeinschaftlichen und Koppeljagden ein Theilhaber seinen Antheil willkürlich an Bürger und Bauern verpachten?

26) Darf bei einer gemeinschaftlichen Jagd jeder Theilhaber für seinen Antheil so viel Jäger halten, als er will?

27) Steht dem Jagdherrn ein jus prohibendi zu, wenn die Unterthanen spitzige Zäune anlegen, welche dem Wild beim Darübersetzen Schaden zufügen können?

28) Ist der Jagdberechtigte auch befugt, Salzlecken und Suhlen im Wald anzulegen?

29) Ist der Jagdbesitzer schlechthin allen durch das Wild, welches er in seinem Bezirke hegt, den Grundbesitzern zugefügten Schaden zu ersetzen schuldig?

30) Ist im Allgemeinen dem Landesherrn die Vorjagd zuzuschreiben?

31) In welcher Zeit kann die Jagdgerechtigkeit durch Verjährung erworben werden? Geht sie durch bloßen Nichtgebrauch in 10—20 Jahren verloren?

32) Worin besteht das Zweigrecht des Jagdinhabers?

33) Begreift das jus aucupii auch das Recht, Vögel zu schießen, in sich?

34) Inwiefern kann den Mitgliedern einer Gemeinde als solchen ein Forstrecht durch Ersitzung erworben werden?

35) Wann gehen Forstrechte durch erlöschende Verjährung verloren?

Zu 1) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Wo nicht in Landesordnungen — wie sehr häufig der Fall ist, s. Pietsch Forst- u. Jagdrecht §. 47. und die in nota c. allegirten Polizei- und Forst-

ordnungen — specielle Bestimmungen getroffen sind, wo man also auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgehen muß, scheint die Frage bejaht werden zu müssen, wenn man annimmt, daß durch die Ausrodung des Walds die Jagd vernichtet würde; denn daß der Waldeigenthümer von dem Jagdberechtigten an solchen Handlungen rechtlich verhindert werden könne, durch welche ihm die Ausübung der Jagd unmöglich gemacht würde, s. Schilling Jagdrecht S. 118., mag wohl eben so wenig bezweifelt werden, als daß der Eigenthümer eines mit dem Weiderecht belasteten Grundstücks dasselbe nicht zu Ackerland cultiviren könne, ohne den Weideberechtigten zu entschädigen. Deshalb wird von Mehreren dem Waldeigenthümer eine solche Befugniß, formam soli ganz zu verändern, durchaus abgesprochen, s. Gaill Obs. Lib. II. Obs. 67. no. 10., Roë Meurer Forst- und Jagdrecht Thl. II. S. 24. ꝛc. u. a. m. Andere unterscheiden, ob die Jagdgerechtigkeit durch Verträge oder Verjährung erworben worden ist, und pflichten nur im ersteren Fall der vorstehenden Meinung bei, im zweiten Fall aber müsse die blos durch Duldung erwachsene Servitut einschränkend erklärt, und dürfe nicht so weit ausgedehnt werden, daß der Eigenthümer an der beliebigen Benutzung seines Eigenthums verhindert würde, s. Schweser theatr. servit. tit. 11. §. 7. Wieder Andere leugnen überhaupt die oben unterstellte Voraussetzung, und mit ihr die daraus gezogene Folge; sie sagen, — und dies wohl mit besserem Grunde — die Jagd bleibe ja dem Jagdherrn dessen ungeachtet frei, und dies sey blos zufällig, ob der Besitzer den Grund und Boden, auf welchem Jener die Jagd hergebracht, auf diese oder jene Art benutze, und in dieser dem Eigenthumsrecht allezeit anklebenden Freiheit könne kein Eigenthümer beschränkt werden, so lange nicht ein entgegenstehendes Recht als wirklich erworben erwiesen wird, s. Pietsch a. a. O. §. 47. u. 48., Hagemann Landwirthsch. Recht §. 189. Geringere Beschränkungen des Eigenthümers pflegt man dahin zu statuiren, daß er nicht zur Brunst- und Satzzeit auf der Wildbahn Holz fällen und gewisse Gegenden des Waldes nicht allzu licht aushauen dürfe; Danz zu Runde Bd. II. S. 23.

Zu 2) Ja; denn da das Nutzungseigenthum des Lehnmanns, unbeschadet der Substanz, nach forsthaushälterischen Grundsätzen zu verstehen ist, so darf der Lehnmann den Wald nicht eigenmächtig ausroden; Schröter jurist. Abhandl. Bd. II. S. 245., Hggemann a. a. O. und Pietsch a. a. O.

Zu 3) In der Regel wohl nicht; doch muß der Waldeigenthümer seine Culturen so einrichten, daß die Holzcultur und die Befriedigung

der Berechtigten möglichst neben einander bestehen können. Er darf daher nicht auf einmal soviel in Cultur legen, daß dem Vieh der Weideberechtigten unter Berücksichtigung ihrer übrigen Weidedistricte gleichwohl nicht die erforderliche Nahrung mehr übrig bliebe; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 24., Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. XXXIV. S. 144., Danz zu Runde Bd. II. S. 22., Moser Forstarchiv Bd. IX. S. 128. 144. Die Entscheidung zwischen dem Waldeigenthümer und den Weideberechtigten richtet sich nach dem Gutachten unparteiischer Forst- und Landwirthschaftsverständiger in Beziehung auf den eigenthümlichen Güterstand der Ersteren; Hagemann im Landwirthschaftsr. §. 190. hält für das billigste Princip, daß der Forstherr bei Forstgründen, auf welchen sich zur Zeit gar kein Holzbestand befindet, $\frac{1}{12}$, bei solchen aber, welche einen Holzbestand haben, wenn dieser aus Stammholz besteht, $\frac{1}{10}$, wenn derselbe aber aus Schlagholz besteht, das aus den Wurzeln der Stämme wieder nachgezogen wird, $\frac{1}{8}$ in Zuschlag legen darf.

Die Weideberechtigten müssen aber ihren Widerspruch in dem Fall, wenn sie sich durch die Cultur verletzt erachten, einlegen, ehe noch der Schlag angelegt ist; denn nach vollendeter Anlage dürfen sie nicht mehr hinein hüten, sondern der Waldeigenthümer muß in seinem Besitz geschützt werden, und die Weideberechtigten müßten wegen ihrer Schadensansprüche auf den petitorischen Weg verwiesen werden; Hagemann Landwirthschaftsr. §. 190.

Zu 4) Allerdings, aber auch der Holzungsberechtigte muß sich dann eine Minderung seines Bezugs gefallen lassen, wenn der Wald auch nicht das ihm gebührende volle Quantum, ohne augenfälligen wirthschaftlichen Nachtheil mehr ertragen kann, Pietsch a. a. O. §. 50., Fischer Lehrbegriff sämmtl. Cameral- u. Polizeirechte §. 1275. – unbeschadet des Entschädigungsanspruchs des Holzungsberechtigten gegen den Waldeigenthümer, wenn dieser durch übermäßigen Holzverkauf oder gänzlich vernachlässigte Holzcultur die Ertragsunfähigkeit herbeigeführt hat; Moser Forstarchiv Bd. IX. S. 135., Hagemann a. a. O. §. 153., Danz zu Runde Thl. II. §. 145.

Zu 5) Die Grenze der Ertragsfähigkeit des Waldes nach forstöconomischen Grundsätzen bildet auch hier nach dem Grundsatz: servitutibus civiliter utendum est et salva substantia, eine rechtliche Schranke, doch kann hier das eigene Bedürfniß des Waldherrn nicht ausgeschlossen werden, sondern er und der Holzungsberechtigte müssen sich, jeder nach dem Maß seines Oeconomiebedarfs, welcher überhaupt das Maß für jede (keineswegs auf Holzverkaufs-Befugniß auszudehnende) unbestimmte

Holzberechtigung abgibt, in gleichem Verhältniß die Minderung gefallen lassen, s. Danz zu Runde Bd. II. §. 145.

Zu 6) Pferde, Schafe und Ziegen sind, weil sie an den Bäumen nagen, mithin die Holzzucht dabei nicht bestehen könnte, als ausgeschlossen zu betrachten, s. Stryck Us. mod. Pand. Lib. 8. tit. 3. th. 13. Allgemeine deutsche Encyclopädie s. voce Hutgerechtigkeit, Münter das Weiderecht §. 92. ꝛc., Hagemann a. a. O. §. 296.

Zu 7) Die berechtigte Holzabgabe bleibt beschränkt auf die zur Zeit der Verleihung bereits vorhanden gewesenen Wohn= und Wirthschaftsgebäude, s. Hartig Forst= und Jagd=Staatsrecht §. 61.

Zu 8) Die Gebäude des Waldeigenthümers gehen vor, s. Hartig a. a. O. §. 62. Die Selbstbenutzung des Eigenthümers kann nie durch die Servitut ausgeschlossen werden.

Zu 9) Sowohl der Eigenthümer als die Holzberechtigten dürfen dann nicht eher einen Nutzen aus dem Walde ziehen, als bis die Abgabe des Holzes möglich und räthlich ist; Hartig a. a. O. §. 63.

Zu 10) Für die Meinung, daß nur der alljährliche Brennholzbedarf verstanden sey, streitet wohl die Auslegungsregel: in dubio, quod minimum, sequi oportet, dagegen dafür, daß der Holzbedarf überhaupt verstanden seyn müsse, der generische Ausdruck entscheidet, welcher nicht gestattet, eine darin begriffene species auszuschließen. Auf letztere Weise entscheidet das allgem. preuß. Landr. Th. I. Tit. 22. §. 201. Die erstere Meinung behauptet Hartig a. a. O. §. 64.

Zu 10 a) Forstzins bedeutet, wie Erbzins, Grundzins, eine stehende Abgabe, nicht einen veränderlichen Kaufpreis, und daher begründet sich besonders in Verbindung mit andern Vermuthungsgründen die Präsumtion eines Holzungsrechts für einen bestimmten Preis, welcher auch, wenn er im Zeitlauf eine Erhöhung erfahren haben sollte, doch den Waldeigenthümer nicht weiter, als der andere Theil zustimmt, zu Erhöhungen berechtigt; v. Ende vermischte juristische Abhandl. Th. I. S. 145.

Zu 11) Einige rechnen diese Forstgenüsse zur Forsthoheit, Andere legen sie dem Jagdherrn bei, indem das Wild sonst keine genugsame Nahrung hätte. Die erste Meinung hat gar keinen Grund für sich, wo nicht Particulargesetze und Herkommen es mit sich bringen, wie Kapf D. de eo quod justum est circa glandes §. 20. u. 21. bemerkt. Der andern Meinung kann man allenfalls nur insofern beistimmen, daß der Jagdberechtigte verlangen kann, daß dem Wild die Nahrung nicht völlig entzogen werden dürfe, worüber Sachverständigen die

erforderliche Bestimmung anheim zu stellen ist, wenn man nicht mit Hartig im Forst- u. Jagd-Staatsrecht §. 160. u. 164. annehmen will, daß der Waldeigenthümer blos die Sprengmast dem Wild zu überlassen habe; Hagemann a. a. O. §. 192. Wenn nämlich im ganzen Forst nur einzelne wenige Bäume mit einigen Früchten versehen sind, so nennt man dies Spreng-, Fasel- oder Laufmast; immer aber ist die Eichellese und Mastung als Waldnutzung dem Waldeigenthümer hauptsächlich zuzugestehen; Danz zu Runde Bd. II. §. 146. Dem Eigenthümer der Bäume gehören auch die Früchte, s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 899., Gaill Obs. lib. II. obs. 68.

Andere verwerfen daher auch diese Einschränkung des Waldeigenthümers in seiner Waldnutzung als ungegründet, da das Wild ja auch in den unfruchtbarsten Gehölzen lebt; Hagemann Landwirthsch. Recht §. 191., Pietsch Forst- und Jagdrecht §. 57., Leyser Sp. 441. M. 12., Püttmann Elem. jur. feud. §. 85., Mevii Dec. P. III. Dec. 36. no. 3.

Zu 12) Der Servitutberechtigte darf nicht mehr Schweine aus dem Walde mästen, als er zu seinem Hausbrauch bedarf; Danz zu Runde Bd. II. S. 29., Cramer Wetzlarische Nebenstunden Thl. LXXI no. 7. S. 108., Moser Forstarchiv Bd. IX. S. 73.

Zu 13) Unter dem Weiderecht ist das Mastungsrecht an sich nicht, auch ist in dem Recht der Mastung nicht das Recht der Eichellese begriffen, wohl aber steht Dem, der das Recht der Eichellese hat, auch das Recht der Mastung zu; Kapf a. a. O. §. 37., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 899., Danz zu Runde Bd. II. §. 146. S. 30. not. g.

Zu 14) Diese richtet sich nach dem Verhältniß der vorhandenen Mast. Durch Sachverständige muß ausgemittelt werden, wie viel Mastschweine bei voller Mast einzutreiben sind, und hiernach bestimmt sich weiter, wie viel bei einer $\frac{3}{4}$, $\frac{1}{2}$ oder $\frac{1}{4}$ Mast einzutreiben sind. Volle Mast nimmt man an, wenn die Eicheln, sonderlich auf den Sommereichen, recht reif, voll und überflüssig sind. Ist blos die Buchmast gerathen, oder wenn zwar die meisten Eichen Mast haben, aber nicht recht voll sitzen, so wird der Vorrath die $\frac{1}{2}$ Mast genannt. Sitzen die Eichen nur an einigen Orten in den Revieren voll, so heißt es $\frac{1}{3}$ und wenn nur die Wipfel mit Früchten besetzt sind, $\frac{1}{4}$ Mast; Hagemann a. a. O. S. 344. in nota.

Ist nur Sprengmast vorhanden, so schläft das Recht; Hartig §. 161. u. 239. Das Princip der stricten Auslegung äußert sich dabei in der Art, daß man nicht vermuthet, daß der Waldeigenthümer

an seinem eigenen Bedarf durch Einräumung der Servitut sich verkürzen, sondern eben nur bei reichlichem Ertrag der Eichen die Schweine Anderer eintreiben lassen wollte. Daraus wird gefolgert: wenn der Waldeigenthümer ausdrücklich die volle Mast verliehen hat, so kann der Servitutberechtigte bei halber oder noch geringerer Mast nichts verlangen; aber auch dann, wenn der Waldeigenthümer einem Andern das Mastrecht ertheilt hat, ohne eine gewisse Art der Mast auszudrücken, so ist nur die volle Mast zu verstehen, nicht auch die Nachmast (d. i. was die eingefehmten Schweine übrig gelassen haben) und noch weniger die Sprengmast, wenn nämlich nicht so viel Mast vorhanden ist, daß Schweine gefeistet werden können, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. I. no. 25.; Schröter jurist. Abhandl. Thl. I. S. 423., Heuser D. de eo qu. just. est circa jus glandis legendae. Jenae 1742. §. 37., Muncker D. de fructibus in alienum praedium propendentibus Cap. II. §. 17., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 43. tit. 28. §. 6.

Immer dürfen nur große fehmfähige Mastschweine und keine Zuchtschweine vom Mastberechtigten getrieben werden; Hagemann a. a. O. §. 193.

Zu 15) Dies ist fast überall verschieden durch Landesgesetze und Herkommen bestimmt, s. Hartig Forst- u. Jagd-Staatsrecht §. 211—213.; insgemein aber gehören zur hohen Jagd: Bären, Hirsche, wilde Schweine, Luchse, Auerochsen, Elendthiere, Trappen, Gemsen, Steinböcke, Fasanen, Schwäne, Auerhähne und Auerhennen, zur niedern Jagd aber: Rehe, Füchse, Hasen und Dachse, wilde Gänse, Enten, Rebhühner, Taucher, Reiher und kleinere Vögel; Runde d. Privatr. §. 154., Krünitz öconomische Encyclopädie Th. XXVIII. S. 46., Preuß. allgem. Landr. Th. II. Tit. 16. §. 37. ꝛc., Cod. Max. Bav. civ. Th. II. Cap. III. §. 3. no. 3.

In manchen Ländern, z. B. im Kön. Sachsen, hat man auch eine Mitteljagd, welche gemischt ist aus Thieren, welche anderwärts entweder zur hohen oder niedern Jagd gehören, s. Hartig §. 212. Ob Biber, Fischottern und andere Amphibien überhaupt zur Jagd oder zur Fischerei zu zählen sind, ist streitig. Die Fischottern werden aus sehr gültigen Gründen zur Fischerei gerechnet von Runde in den Beitr. zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände Bd. II. S. 451., Noë Meurer Unterricht v. Wäldern p. IV., Stißer Forst- und Jagdhistorie S. 235. Gefährliche Raubthiere, wie Wölfe, Luchse, wilde Katzen und dergl. darf in der Regel Jeder schießen; Preuß. Landr. Th. II. Tit. 16. §. 34.

Zu 16) In der Regel nur eine niedere, wenn nicht die Urkunden über das 16te Jahrhundert zurückgehen, wo diese Distinction noch nicht bekannt gewesen ist, indem in den früheren Zeiten die Jagd kein Regal, sondern mit dem echten Eigenthum verbunden war; Kreittmayr Anmerk. zum Cod. Max. Bav. Civ. Th. II. Kap. III. §. 3. no. 3., Pietsch a. a. O. §. 90., Stieglitz geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland §. 28. u. 37., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 200. S. 361. Das pr. allg. Landr. Th. II. Tit. 16. §. 40. u. 43. macht auch eine Ausnahme in dem Fall, wenn Jemand mit allen Jagden oder auch nur mit Jagden (in der Mehrzahl) beliehen worden. Auch da wäre aber nach Hagemann a. a. O. auf die Zeit der Verleihung zu sehen, für welche das 16te Jahrhundert die Grenze bildet, nach welcher sich die Auslegung zu richten hat.

Zu 17)

a) Die Beobachtung der Setz-, Schon- und Hegezeit nach den besondern Bestimmungen und verschiedenen Landes- und Provincialgesetzen.

b) Auch ein Jagdberechtigter darf kein Selbstgeschoß legen, Preuß. Landr. Th. II. Tit. 16. §. 58. Fuchseisen oder Schlingen aber nur an abgelegenen Orten, ebend. §. 59.

c) Ohne besondere Erlaubniß des Staats darf Niemand verzäunte Gehege zur Hemmung des Wildwechsels anlegen; ebend. §. 60.

d) Auf fremden Jagdrevieren darf Niemand Hunde laufen lassen, ohne Knüppel, die sie an Verfolgung des Wilds hindern. Außerdem darf sie der Jagdberechtigte, sowie auch Katzen, die auf Jagdrevieren herumlaufen, tödten und der Eigenthümer muß das Schußgeld bezahlen; ebend. §. 65.

Zu 18) Es bleibt in der Regel bei der ausgedrückten species Jckstadt Jagdr. P. II. C. 5. §. 28., Hartig a. a. O. §. 219. Die Regel: cui plus licet, et minus licere debet, findet hier keine Anwendung, weil eine Jagdart nicht die andere in sich schließt; Pietsch Forst- und Jagrecht §. 91., Fischer Cameralrechte §. 1317.

Zu 19) Wenn sie nicht tit. oneroso erworben ist, so wird sie als widerrufliche Gnadenjagd selbst dann betrachtet, wenn dafür jährliche Recompens entrichtet wird; Kreittmayr a. a. O. Thl. II. Kap. III. §. 1. no. 4.

Zu 20) Diese Frage wird von den Meisten verneint; Harpprecht de venatione precaria. no. 397., Leyser Jus Georg. L. III. C. 12. no. 58., Hartig a. a. O. §. 219. S. 344. Doch bejaht sie Hage-

an seinem eigenen Bedarf durch Einräumung der Servitut sich verkürzen, sondern eben nur bei reichlichem Ertrag der Eichen die Schweine Anderer eintreiben lassen wollte. Daraus wird gefolgert: wenn der Waldeigenthümer ausdrücklich die volle Mast verliehen hat, so kann der Servitutberechtigte bei halber oder noch geringerer Mast nichts verlangen; aber auch dann, wenn der Waldeigenthümer einem Andern das Mastrecht ertheilt hat, ohne eine gewisse Art der Mast auszudrücken, so ist nur die volle Mast zu verstehen, nicht auch die Nachmast (d. i. was die eingefehmten Schweine übrig gelassen haben) und noch weniger die Sprengmast, wenn nämlich nicht so viel Mast vorhanden ist, daß Schweine gefeistet werden können, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. I. no. 25.; Schröter jurist. Abhandl. Thl. I. S. 423., Heuser D. de eo qu. just. est circa jus glandis legendae. Jenae 1742. §. 37., Muncker D. de fructibus in alienum praedium propendentibus Cap. II. §. 17., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 43. tit. 28. §. 6.

Immer dürfen nur große fehmfähige Mastschweine und keine Zuchtschweine vom Mastberechtigten getrieben werden; Hagemann a. a. O. §. 193.

Zu 15) Dies ist fast überall verschieden durch Landesgesetze und Herkommen bestimmt, s. Hartig Forst- u. Jagd-Staatsrecht §. 211—213.; insgemein aber gehören zur hohen Jagd: Bären, Hirsche, wilde Schweine, Luchse, Auerochsen, Elendthiere, Trappen, Gemsen, Steinböcke, Fasanen, Schwäne, Auerhähne und Auerhennen, zur niedern Jagd aber: Rehe, Füchse, Hasen und Dachse, wilde Gänse, Enten, Rebhühner, Taucher, Reiher und kleinere Vögel; Runde d. Privatr. §. 154., Krünitz öconomische Encyclopädie Th. XXVIII. S. 46., Preuß. allgem. Landr. Th. II. Tit. 16. §. 37. ꝛc., Cod. Max. Bav. civ. Th. II. Cap. III. §. 3. no. 3.

In manchen Ländern, z. B. im Kön. Sachsen, hat man auch eine Mitteljagd, welche gemischt ist aus Thieren, welche anderwärts entweder zur hohen oder niedern Jagd gehören, s. Hartig §. 212. Ob Biber, Fischottern und andere Amphibien überhaupt zur Jagd oder zur Fischerei zu zählen sind, ist streitig. Die Fischottern werden aus sehr gültigen Gründen zur Fischerei gerechnet von Runde in den Beitr. zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände Bd. II. S. 451., Noë Meurer Unterricht v. Wäldern p. IV., Stißer Forst- und Jagdhistorie S. 235. Gefährliche Raubthiere, wie Wölfe, Luchse, wilde Katzen und dergl. darf in der Regel Jeder schießen; Preuß. Landr. Th. II. Tit. 16. §. 34.

Zu 16) In der Regel nur eine niedere, wenn nicht die Urkunden über das 16te Jahrhundert zurückgehen, wo diese Distinction noch nicht bekannt gewesen ist, indem in den früheren Zeiten die Jagd kein Regal, sondern mit dem echten Eigenthum verbunden war; Kreittmayr Anmerk. zum Cod. Max. Bav. Civ. Th. II. Kap. III. §. 3. no. 3., Pietsch a. a. O. §. 90., Stieglitz geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland §. 28. u. 37., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 200. S. 361. Das pr. allg. Landr. Th. II. Tit. 16. §. 40. u. 43. macht auch eine Ausnahme in dem Fall, wenn Jemand mit allen Jagden oder auch nur mit Jagden (in der Mehrzahl) beliehen worden. Auch da wäre aber nach Hagemann a. a. O. auf die Zeit der Verleihung zu sehen, für welche das 16te Jahrhundert die Grenze bildet, nach welcher sich die Auslegung zu richten hat.

Zu 17)

a) Die Beobachtung der Setz-, Schon- und Hegezeit nach den besondern Bestimmungen und verschiedenen Landes- und Provincialgesetzen.
b) Auch ein Jagdberechtigter darf kein Selbstgeschoß legen, Preuß. Landr. Th. II. Tit. 16. §. 58. Fuchseisen oder Schlingen aber nur an abgelegenen Orten, ebend. §. 59.
c) Ohne besondere Erlaubniß des Staats darf Niemand verzäunte Gehege zur Hemmung des Wildwechsels anlegen; ebend. §. 60.
d) Auf fremden Jagdrevieren darf Niemand Hunde laufen lassen, ohne Knüppel, die sie an Verfolgung des Wilds hindern. Außerdem darf sie der Jagdberechtigte, sowie auch Katzen, die auf Jagdrevieren herumlaufen, tödten und der Eigenthümer muß das Schußgeld bezahlen; ebend. §. 65.

Zu 18) Es bleibt in der Regel bei der ausgedrückten species Ickstadt Jagdr. P. II. C. 5. §. 28., Hartig a. a. O. §. 219. Die Regel: cui plus licet, et minus licere debet, findet hier keine Anwendung, weil eine Jagdart nicht die andere in sich schließt; Pietsch Forst- und Jagrecht §. 91., Fischer Cameralrechte §. 1317.

Zu 19) Wenn sie nicht tit. oneroso erworben ist, so wird sie als widerrufliche Gnadenjagd selbst dann betrachtet, wenn dafür jährliche Recompens entrichtet wird; Kreittmayr a. a. O. Thl. II. Kap. III. §. 1. no. 4.

Zu 20) Diese Frage wird von den Meisten verneint; Harpprecht de venatione precaria. no. 397., Leyser Jus Georg. L. III. C. 12. no. 58., Hartig a. a. O. §. 219. S. 344. Doch bejaht sie Hage-

mann a. a. O. §. 202., wenn der Concessionirte sie nicht blos zu seinem persönlichen Vergnügen erhalten hat. — Immer bleibt dem Concedenten die Mitjagd.

Zu 21) Nein, s. Struve jus feudale Cap. 6. §. 11. in not. Ist jedoch ein Gut cum omnibus pertinentibus verkauft oder verliehen, und reicht die Urkunde bis in die älteren Zeiten, z. B. des 14. Jahrhunderts zurück, so unterliegt die Annahme, daß auch das Jagdrecht im Bezirke des Guts mit übertragen worden sey, keinem Bedenken; denn es ist durch die Rechtsforschungen der neueren Germanisten Eichhorn, Mittermaier, Maurenbrecher, Phillips, und am vollständigsten durch das ausgezeichnete Werk von Stieglitz: geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland von der ältesten Zeit bis zur Ausbildung der Landeshoheit (Leipzig 1832.) genügend dargethan, daß bis an das Ende des Mittelalters das Jagdrecht kein Regal, sondern ein Bestandtheil des ächten Eigenthums, eine Pertinenz der Grundstücke war.

Zu 22) Mehrere halten es außer dem Fall eines priv. specialis oder des reciproci für durchaus unerlaubt nach deutschem Recht — indem hier das R. R. nicht anwendbar ist — s. Moser Reichshofraths-Conclusa S. V. p. 592.; wenigstens berechtigt hierzu nicht eine nicht tödtliche Verwundung, Hagemann a. a. O. §. 206., v. Berg Rechtsf. Th. I. S. 378. Wo die Jagdfolge aber gebräuchlich ist (und man nimmt dafür eine allgemeine Observanz in Deutschland an, s. v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Th. I. S. 92., Ebenders. Landwirthschaftsr. §. 205.), muß der Verfolger beweisen, daß das verfolgte Wild auf seinem Revier wirklich verwundet und angehetzt worden sey, z. B. durch die auf dem Platz, wo es angeschossen worden, befindliche Farbe oder Haare. Er muß auch das Gewehr auf seinem Revier zurücklassen, und wenn inzwischen der andere Jagdeigenthümer das angeschossene Thier schon eingefangen hat, so muß der Verfolger zurückstehen; Höpfner Inst. Comm. §. 301., Pr. Landr. Th. I. Tit. 9. §. 130. &c. Wenn die Hunde die Spur des verfolgten Wilds verlieren, so muß er zurückkehren; denn die Verfolgung, wofür man 24 Stunden als den längsten Zeitraum anzunehmen pflegt, findet nur ohne Unterbrechung statt; Hildebrand de conservatione ferarum nociva. Altdorfi 1709. §. VI., Hartig Forst- und Jagd-Staatsrecht §. 258. Findet es aber der Verfolger todt oder völlig erschöpft, so darf er es nur in Gegenwart des Jagdberechtigten des Orts oder unparteiischer Zeugen aus dem fremden Revier wegschaffen, s. allgem preuß. Landr. a. a. O. §. 135.: auch

haftet, wer die Jagdfolge ausübt, für allen dadurch fremden Saatfeldern und Wiesen verursachten Schaden, §. 138. ibid.

[Bestritten ist, ob durch die in den s. g. deutschen Grundrechten über die Jagdgerechtigkeit enthaltenen Bestimmungen das Recht zur Jagdfolge aufgehoben worden sey. Diese Frage ist vom O.=A.=G. zu Dresden bejaht worden, weil nach jenen Bestimmungen die Jagdgerechtigkeit als ein Ausfluß des Grundeigenthums anzusehen, hiermit aber das gedachte Recht, als ein Eingriff in das freie Gebahren auf eignem Grund und Boden, unvereinbar sey. Dagegen führt Schwarze i. d. sächs. Zeitschr. f. Rechtspfl. N. F. XVII. S. 481—488. aus, daß durch die Grundrechte der materielle Inhalt des Jagdrechts keineswegs in Frage gestellt worden sey, daß aber die Jagdfolge nur ein Ausfluß des auf eignem Revier zustehenden Jagdrechts und nicht ein eigentliches Jagdrecht auf fremdem Boden sey.]

Zu 22a) [Bluntschli Deut. Privatr. §. 71. No. 5. sagt: „Der Wilderer, der das Jagdrecht eines Anderen verletzt, erwirbt durch Occupation zwar kein Eigenthum an dem herrenlosen Wild, weil diese unrechtmäßig ist und daher nicht rechtserzeugend wirkt; wer aber in gutem Glauben von ihm kauft (titulo oneroso erwirbt), erwirbt Eigenthum, nicht bloßen Besitz." Ausführlicher geht Schütze in Bekker's Jahrbuch VI. S. 61—115. auf die gestellte Frage ein, indem er das Röm. und das Deutsche Recht getrennt behandelt. Daß nach Röm. Recht kein privilegirtes Occupationsrecht in Betreff des Jagdwildes, m. a. W. daß Jagdfreiheit bestand, ist unbestritten; die einzige faktische Schranke, welche bestand, war die durch das Prohibitionsrecht des Grundeigenthümers gegebene. Dagegen hat das Princip der Jagdfreiheit auf germanischem Boden frühzeitig dem Princip des Jagdrechtes weichen müssen (s. Schütze a. a. O., S. 89 ff.). Nach Letzterem entsteht nun aber die Frage, ob das vom Wilderer erjagte Wild von ihm oder vom Jadberechtigten oder aber von keinem von beiden zu Eigenthum erworben werde; jede der drei Wirkungen wäre mit dem Princip des „Jagdrechts" an sich vereinbar, denn ersterenfalls stände dem Jagdberechtigten eine Obligation gegen den Wilderer auf Tradition (Eigenthumsübertragung), zweitenfalls das Vindicationsrecht und drittenfalls das Occupationsrecht, bezieh. eine actio ad exhibendum gegen den retinirenden Wilderer zu. Die erste Ansicht ist die Reyscher's Würtemb. Privatr. II. §. 288a. und Puchta's Vorles. §. 154., die zweite die v. Gerber's seit der 2. Aufl. seines Systems §. 92. u. Schütze's a. a. O., die dritte die v. Gerber's in der 1. Aufl. seines Systems und Bluntschli's in der oben angegebenen Weise.

v. Gerber bezieht sich für seine (neuere) Ansicht auf die Analogie der Früchteseparation durch einen Unbefugten, Schütze auf die Analogie der Schatzfindung und des Anfalls des Schatzeigenthums an den Grundeigenthümer im Fall unerlaubten Suchens (a. a. O., S. 110); der Rechtsgrund des ipso jure stattfindenden Anfalls des Eigenthums an den Jagdberechtigten liegt nach Schütze a. a. O., S. 104 ff. in einer unfreiwilligen Repräsentation durch den occupirenden Wilderer und in der durch den Mangel des Occupationsrechts begründeten Verwirkung. Diese Ansicht scheint uns die richtige, mit Ausnahme des zweiten zu Hilfe genommenen Rechtsgrundes (Verwirkung), der nicht blos überflüssig seyn, sondern sogar zu logischen Widersprüchen (dieselbe Thatsache soll Eigenthum — dem Wilderer — geben und nehmen?!) führen dürfte.]

Zu 23) Man darf es zwar fangen und tödten, aber nicht mit Schießgewehren, und muß es dem Jagdberechtigten gegen eine dem gewöhnlichen Schußgeld gleiche Vergütung abliefern, A. Pr. L. R. a. a. O. §. 149—151.

Zu 23 a) Da ihm blos die Benutzung der Jagd, nicht aber das Exercitium der Jagd und die Wahrung der Gerechtsame des Jagdeigenthums zusteht, besonders wenn dafür ein besonderer Jäger aufgestellt ist, so wird ihm solche Befugniß abgesprochen in den Entscheid. d. Göttinger Juristenfac., s. Elvers' Themis I. S. 553.

Zu 24) Wer nur die niedere Jagd hat, muß dazu die Erlaubniß vom Besitzer der hohen Jagd in demselben Revier erlangen; wer Koppeljagd hat, muß dem Mitberechtigten 3 Tage zuvor es bekannt machen; Pr. Landr. Th. I. Tit. 9. §. 167—169., Hartig Forst- und Jagd-Staatsrecht §. 214.

Zu 25) Nein, weil Jagdwesens-Unkundige Schaden machen; Hartig a. a. O. §. 214.

Zu 26) Nicht mehr als vorher gewöhnlich war, und wenn das Gut, mit welchem die Jagdgerechtigkeit verbunden ist, getheilt wird, so dürfen die Theilhaber zusammen nur Einen, oder nach der Observanz mehrere gemeinschaftliche Jäger halten; ibid. S. 336.

Zu 27) Man statuirt die Bejahung dieser Frage insgemein mit der Ausdehnung, daß ohne Einwilligung des Jagdherrn dem Unterthan nicht zustehe, ein beträchtliches Stück Feld mit einem Zaun zu umgeben; Hartig a. a. O. §. 235., Moser Forstarchiv. Bd. IX. S. 39.; allein so lange ein Gesetz nicht besteht, möchte man es wohl mit Runde d. Privatr. §. 160. in f. eine Waldteufelei nennen, den Eigenthümer an irgend einer Maßregel zur Sicherheit der Früchte seines

sauren Schweißes zu verhindern; Hagemann a. a. O. §. 208. — Pietsch a. a. O. §. 106. hält sogar den Jagdherrn für verbunden, den Wildwächterlohn zu erstatten.

Zu 28) Salzlecken darf er nicht ohne Erlaubniß des Landesherrn anlegen. Diese Salzlecken, nach welchen das im Winter durch Hunger oft zu ungesunder Nahrung gedrängte Wild sehr begehrlich ist, indem es dadurch ausgereinigt wird, und Eßlust bekommt, locken nämlich das Wild oft aus weiter Ferne herbei, wodurch den andern Jagdbezirken Schade entsteht; Struben rechtl. Bedenken Th. II. no. 17. Doch mag dies nur von Jagden gelten, welche auf den Wäldern Anderer ausgeübt werden, nicht für Denjenigen, welcher in seinem eigenen Walde die Jagd ausübt, s. Hagemann a. a. O. §. 205. — Suhlen oder Lachen in fremden Waldungen anzulegen, ohne welche das Wild im heißen Sommer erkranken würde, ist jeder Jagdberechtigte nur mit Zustimmung des Waldeigenthümers befugt, muß aber diesem auch allen Schaden ersetzen; Hartig a. a. O. §. 237. u. 238.

Zu 29) Die Meinungen sind getheilt, insofern die Einen dem Jagdherrn allen Schaden absolut zu vergüten auflegen, die Andern nur den durch übermäßigen (nämlich die zureichende Ernährungfähigkeit des Wildes aus dem Walde übersteigenden) Wildstand an den Früchten des Landbauers zugefügten Schaden als Gegenstand einer rechtlichen Schadensverbindlichkeit statuiren. Die letztere Meinung macht dann die Entscheidung von der Beurtheilung der Sachverständigen abhängig, welche sich entweder nach der Erfahrung, daß alle Jahre die Felder beträchtlich leiden, bezieh. auffallend starke Rudel Wild angetroffen werden, oder aber nach einem allgemeinen Maßstab der Ernährungsfähigkeit des Waldbodens im Verhältniß zum vorhandenen Wild richtet, wobei man im Durchschnitt auf 50 Stück Roth- und Rehwildpret 1000 Morgen Waldboden rechnet. Die Berechnung wird hiernach gemacht, indem man die Summe des geschossenen Wildes dahin bestimmt, daß im dritten Sommer die erste Vermehrung vorgeht; Hartig a. a. O. §. 243. Die erste Meinung stützt sich darauf, daß aus dem Verbot der Selbstschützung des Grundeigenthums gegen schädliche Thiere nothwendig folge, daß Derjenige, zu dessen Gunsten diese unnatürliche Beschränkung eingeführt wird, auch den Schaden absolut vergüten müßte, dessen Verhütung durch eigene Sorgfalt er dem Eigenthümer verwehrt. Als noch jedem Grundbesitzer selbst das Recht zustand, auf jede Weise gegen wilde Thiere seinen Anbau zu schützen, konnte die Frage über Wildschäden nur dann entstehen, wenn von einem gejagten Wild und von den Hunden auf

fremdem Grund und Boden durch Verfolgung desselben Schaden verursacht wurde.

Dieser Schaden mußte um so mehr ersetzt werden, als die Eigenthümer und Hirten auch für den durch zahme Thiere gemachten Schaden Ersatzverbindlichkeit und sogar Strafe getroffen hat. Lex Ripuar. Tit. 82. lex Sal. tit. 10. §. 5. u. 7. tit. 36. §. 5. leg. Longob. cap. 314. 319. u. 354. lex Saxon. tit. 13., Danz zu Runde Th. II. §. 160. S. 73. Qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. l. 30. §. 3. D. 9. 2. — Hildebrand Diss. cit. §. VII. Die Meinung Derjenigen, welche nur eine beschränkte Schadenersatz-Verbindlichkeit statuiren, s. Eichhorn d. Privatr. §. 285., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. S. 29. ꝛc., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 276., Preuß. allg. Landr. Th. I. Tit. 9. §. 144. u. 147. scheint zwar darin natürlich begründet zu seyn, daß das Jagdrecht aufhören würde, ein Recht zu seyn, wenn man Dem, der nur sein Recht gebraucht, allen Schaden, welchen das Wild anrichten kann, zum Ersatz aufbürden würde, und nirgends der usus, sondern nur der abusus solche Folge mit sich bringt; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Bd. III. no. 6. Dagegen kommt aber in Betracht, daß die Jagdgerechtigkeit nach der Meinung Einiger allerdings ohne allen Schaden ausgeübt werden könne; s. Seuffert D. de damno per ferarum incursus in agris dato. Wirceb. 1788. §. 1—8., Danz zu Runde Th. II. S. 76. Auch ist in den meisten deutschen Ländern der unbedingte Ersatz der Wildschäden den Jagdinhabern zur Pflicht gemacht, namentlich im Oesterreichischen, der Mark Brandenburg, Bayern, dem Königreich Sachsen, Braunschweig, Lüneburg u. a. m.; v. Moser Forstarchiv Bd. VIII. S. 247. 255. Bd. X. S. 173. Bd. XI. S. 241. ꝛc. Bd. XII. S. 251., Pietsch a. a. O. §. 105., Runde deutsch. Privatr. §. 160. Vorzüglich ist dieser Grundsatz ausgeführt in Pfeiffer's prakt. Ausführungen Bd. III. S. 91. Ihm stehen an der Spitze die Worte Friedrich Wilhelm's III., Königs von Preußen, in einer Cabinetsordre vom 30. Septbr. 1827: „übermäßig oder nicht, so sind doch die benachbarten Aecker- und Wiesenbesitzer nicht verpflichtet, ihre Felder und Wiesen von den Hirschen und Schweinen des Jagdberechtigten verwüsten zu lassen." Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 208. statuirt, daß der Jagdinhaber zum Schadenersatz zu condemniren sey, wenn er nicht beweisen kann, alle möglichen Mittel zu dessen Abwendung angewendet zu haben, es müsse nämlich von der Existenz eines beträchtlichen und zu wiederholten Malen verursachten Wildschadens auf eine dem Jagdherrn zur Last fallende übermäßige Hegung des

Wildes geschlossen werden, und die Einrede, daß dieses schädliche Wild nicht in seinem Revier den gewöhnlichen Aufenthalt habe, könne ihm nur dann zu Statten kommen, wenn er neben dem Beweis dessen auch darthut, daß er es an der nöthigen Sorgfalt, den Beschädigungen eines solchen Streifwilds vorzubeugen, nicht habe ermangeln lassen; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. no. 6.

Zu 30) Dieser Ausfluß des vorzüglich im 16. Jahrh. ausgebildeten Jagdregals, welcher darin besteht, daß der Landsherr oder ein anderer Berechtigter das Jagdrevier einige Tage oder Wochen früher zu durchjagen berechtigt ist, als der eigentliche Jagdbesitzer, oder daß jener Vormittags, dieser aber erst Nachmittags jagen darf, kann nur in Folge bestimmter Landesgesetze, giltigen Herkommens, oder ausdrücklichen Vorbehalts angenommen werden, außerdem gilt jede Jagdgerechtigkeit als ausschließend; Runde a. a. O. §. 152. u. 155., Pietsch a. a. O. §. 95., Hagemann a. a. O. §. 203., Weber Handb. des Lehenr. Bd. II. S. 291., Stieglitz a. a. O. §. 42.

Zu 31) Insofern sie nicht erweislich ein Regal ist, kann sie in 40 Jahren auf landesherrlichen Patrimonialgütern und Grundstücken der Kirchen und Stiftungen, in 30 Jahren auf Grundstücken der Städte und in 10—20 Jahren auf Grundstücken der Privaten resp. inter praes. vel absentes erworben werden; Hagemann a. a. O. §. 204. — Sie geht aber nicht durch bloßen non usus in 10—20 Jahren, sondern nur per praescriptionem qualificatam verloren, v. Bülow u. Hagemann pr. Erört. Bd. VII. no. 25., Pufendorf Observationen, herausg. v. L. Schmidt. Celle 1841. no. 24., insofern sie als ein Hoheitsrecht oder als Ausfluß der Grundherrlichkeit zu betrachten ist, auf welche die Servitutenlehre keine Anwendung findet.

Zu 32) Er darf in dem fremden Walde, wo ihm das Jagdrecht zusteht, Zweige von den Bäumen abhauen, soweit sie der Aushauung der Wege und der Aufstellung der Netze, Dohnen ꝛc. hinderlich sind; Eisenhart d. R. in Sprüchwörtern S. 189. Wer darf jagen, der darf hagen. — Hagemann §. 205. not. 2., Riccius v. d. Jagdgerechtigkeit Kap. 3. §. 3., Stißer Forst- und Jagdhistorie §. 65.

Zu 33) Nach §. 12. J. 2. 1. ist das jus venandi und aucupandi unterschieden, und letzteres blos vom Fangen der Vögel zu verstehen, da die Römer den Gebrauch der Schießgewehre nicht kannten. H. z. T. kommt es auf die Verfassung und Einrichtung eines jeden Landes an. Besteht das jus aucupii getrennt von der Jagdgerechtigkeit, so ist es nur auf den Vogelfang beschränkt; besteht es aber als Ausfluß der

Jagdgerechtigkeit, so ist auch das Recht, Vögel zu schießen, darin begriffen, s. Pufendorf Observationen no. 22.

Zu 34) An res universitatis in specie, an welchen — zum Unterschied vom patrimonium universitatis — der Nutzen den einzelnen Gemeindegliedern selbst zu gut kommt, kann auch der Besitz den einzelnen Gemeindegliedern erworben werden. Damit dieser Besitz namentlich für die Verjährungsfrage nicht blos dem Individuum für seine Person und Sache, sondern vielmehr als Mitglied der Gemeinde zu Statten kommt, muß dasselbe freilich den Besitz eben in dieser Eigenschaft ergriffen haben. Die l. 1. §. 22. und l. 2. D. 41. 2. steht alsdann nicht entgegen, indem weder aus dieser Stelle, noch aus andern Stellen der römischen Gesetze zu entnehmen ist, daß deren Urheber jenes besondere Rechtsverhältniß der einzelnen Gemeindeglieder zu den res universitatis in specie vor Augen gehabt habe. Vielmehr paßt der in gedachter l. 1. §. 22. angegebene Grund „quia uni non consentire possunt“ gar nicht auf das hier in Frage befindliche Verhältniß, weil bei den res universitis in specie das einzelne Gemeindeglied für sich selbst und zu seinem eigenen Nutzen den Besitz ergreift. Die l. 2. cit. gestattet den Gemeinden das Besitzerwerben durch Stellvertreter, aber als ausschließliches Mittel für municipes; um Besitz zu erwerben, ist die Besitzergreifnng durch Stellvertreter auch hier nicht angegeben. Damit nun aber aus Besitzhandlungen der Einzelnen wirklich ein Recht für die Gesammtheit erwachse, muß erhellen, nicht blos, daß sie als Mitglieder der Gemeinde den Besitz ausüben, als worüber der Thatbestand zu entscheiden hat, sondern auch daß der Besitz von sämmtlichen Mitgliedern der Gemeinde, oder doch von der Mehrzahl derselben ergriffen worden; l. 160. §. 1. D. 50. 17. s. Plenarbeschluß des Obertribunals zu Berlin vom 2. Mai 1842. in den Entscheidungen Bd. VIII. S. 5.

Ist nun die während der Verjährungszeit stattgefundene Rechtsausübung so aufzufassen, als sey solche von der juristischen Person geschehen, so ist die Erwerbung auch unabhängig von dem Wechsel der einzelnen Mitglieder und von dem dadurch wechselnden Bedarf. Die von einer Gemeinde vollendete Verjährung einer Holzungs- und Streugerechtsamkeit erstreckt sich demnach auch auf den Bedarf der erst nach dem Beginn der Verjährung hinzugetretenen Mitglieder, falls nicht besondere Gründe für eine Beschränkung desselben auf eine bestimmte Zahl oder Classe der Mitglieder vorhanden sind, s. Plenarbeschluß desselben Gerichtshofs im Justiz-Ministerialbl. v. J. 1848. no. 12. S. 104.

Anders verhält es sich jedoch nach einem Erkenntniß desselben Gerichtshofs dann, wenn das Holzungsrecht auf einer Verleihung beruht. Da tritt vielmehr die Regel in Anwendung, daß Rechte aus Verleihungen der strictesten Auslegung unterliegen. Demzufolge ist die Annahme gerechtfertigt, daß über den Umfang der gebührenden Holzbezüge nicht die Zahl der Gegenwart, vielmehr die Stellenzahl zur Zeit der Verleihung des Rechts entscheide, s. Entscheid. des O.-T. zu Berlin Neue Folge Bd. VIII. S. 276.

Zu 35) Forstrechte können nicht immer unter den Begriff von Servituten gestellt werden. In einem Fall, wo der Eigenthümer der dienenden Sache nicht lediglich etwas zu dulden oder zu unterlassen hat, wo z. B. der Waldeigenthümer das Forstrechtholz, dagegen der Forstberechtigte eine Taxe von 2 Fl. pr. Klafter zu prästiren hat, ist vielmehr der Begriff einer deutschen Reallast gegeben, und das Rechtsverhältniß selbst stellt sich als ein zweiseitiger Vertrag dar (gerichtet auf ein dare facere oportere), daher auch der für Servituten geltende 10 bis 20jährige Zeitraum der erlöschenden Verjährung hier nicht Anwendung leidet, vielmehr das Recht erst in 30 Jahren erlöschen kann, s. das in Seuffert's Archiv Bd. V. S. 9. angeführte Erkenntniß des O.-A.-G. von Bayern.

---

§. 101.

b) Taubenrecht. Bienenrecht.

1) Ist Jedermann befugt, Tauben zu halten?
2) Ist Derjenige, welcher eine im Flug vom Geier ergriffene zahme Taube diesem durch Schrecken abgejagt hat, auch verbunden, sie dem Eigenthümer zu restituiren?
3) Wenn ein fremder Tauber meine Taube in seinen Taubenschlag verlockt hat, so daß sie nun nicht mehr zurückkehrt, so fragt sich, ob ich sie zurückfordern kann?
4) Ist der Besitzer der Tauben den Feldbesitzern für den Schaden, den sie an den Früchten zufügen, Vergütung schuldig?
5) Ist Jedermann ohne Einschränkung Bienen zu halten befugt?
6) Ist es erlaubt, die Raub- oder Heerbienen zu tödten?
7) Sind die Bienen nach deutschem Recht überhaupt noch herrenlose Sachen, oder sind sie, je nachdem sie sich auf Staats- oder Privateigenthum befinden, Eigenthum Desjenigen, auf dessen Gebiet sie sich befinden?

8) Wenn der Schwarm, ohne daß der Eigenthümer und dessen Angehörige ihn hatten ausfliegen sehen, sich in eines Nachbars Garten angesetzt hat, dieses aber von Andern zufällig bemerkt worden ist, ist dann der bisherige Eigenthümer zum Beweis, daß der Schwarm von seinem Mutterstock herrühre, zuzulassen, oder hat er das Eigenthum daran verloren?

9) Ist der Eigenthümer der Bienen zum Ersatz der durch dieselben verursachten Beschädigungen verbunden? insbesondere der Eigenthümer eines raubenden Bienenstocks dem Besitzer des beraubten?

10) Sind beim Verkauf eines Guts die Bienenstöcke nebst den Bienen als Pertinenzstücke im Kauf begriffen anzusehen? —

Zu 1) Man nimmt gewöhnlich an, daß nur Diejenigen, welche tragbare Aecker in der Feldflur eigenthümlich oder pachtweise besitzen, nach Verhältniß des Ackermaßes dazu berechtigt seyen; Struben rechtl. Bedenken Th. III. no. 9., Münter Weiderecht §. 287., Struv. Syntagma jur. civ. Ex. 41. th. 17. Andere halten jedoch diese Beschränkung nicht für rechtlicher, sondern nur polizeilicher Natur, mithin nicht ohne besondere Polizeigesetze anwendbar; Hagemann Landwirthschaftsr. §. 285., Müller D. de jure columbarum Jenae 1733. pag. 15. etc.

Zu 2) Nach einer analogen Bestimmung in l. 44. D. 41. 1. allerdings, so lange die Taube consuetudinem revertendi nicht abgelegt hat.

Zu 3) In diesem Fall kann nicht angenommen werden, daß die consuetudo revertendi abgelegt sey; denn sobald der Tauber eingesperrt wird, wird die Taube auch wieder in den gewohnten Schlag zurückkehren. Die Tauben werden daher den zahmen Thieren gleich geachtet, welche, wo immer sie seyn mögen, Eigenthum ihres Herrn bleiben, §. 16. J. 2. 1.

So ist es auch Niemandem erlaubt, durch künstliche Mittel die Tauben des Andern in seinen Taubenschlag anzuziehen, und Jenem zu entfremden; Müller a. a. O. pag. 19.

Zu 4) Einige verneinen diese Frage, weil die Tauben den Feldern auch Nutzen durch Bedüngung und Verzehrung der Würmer bringen; es ist aber den gemeinen Rechtsgrundsätzen mehr gemäß, daß jeder erhebliche Schaden ersetzt werden muß, weshalb auch hier und da verordnet ist, daß der Taubenhalter während der Saatzeit die Tauben

3 Wochen lang einsperren muß; Müller de jure columbarum, Jenae 1733. pag. 21. ꝛc. Es ist auch, wo solche Verbote bestehen, den Landbauern die Selbstschützung durch Netze und dergl. solchenfalls nicht zu verwehren. ibid. pag. 24.

Zu 5) Auf seinem Eigenthum ist gemeinrechtlich Jeder dazu befugt, Busch Handb. d. in Deutschland geltenden Bienenrechts §. 22., doch nach manchen Landesordnungen und Observanzen nur mit der Einschränkung, insofern nicht besondere Polizeirücksichten entgegenstehen, und wenn auch manche Landesordnungen, weil durch zu nahe Anlage an bereits bestehende Bienenstellen dieser Nachtheil hervorgerufen wird, bestimmen, daß der neue Bienenstand vom alten 800 Schritte weit entfernt bleiben soll, so gilt dies doch selbst particularrechtlich nur von Anlegung neuer Bienenstellen auf Domanial- und Gemeindegründen, aber nicht auf eigenem Grund und Boden; v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 7. §. 2., Kaiser Korbbienenzucht §. 24. Auf fremdem Grund und Boden ist blos die Einwilligung des Grundeigenthümers erforderlich. Den Hutberechtigten steht kein Einspruch zu, Busch a. a. O. §. 24., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 284., so wenig als andern Bienenhaltern. Die Befugniß, das eigene Local zur Aufstellung fremder Bienen durch Verpachtung zu benützen, ist nur aus unstichhaltigen Gründen früher bezweifelt worden, es kann daher wenigstens ohne den Beweis eines örtlichen Herkommens nicht die Benutzungsfreiheit des Eigenthums eingeschränkt werden. Mehreres s. Scholz Zeitschr. f. Landwirthschaftsr. Bd. I. S. 28., Roth vom Bienenrecht S. 110., Busch a. a. O. §. 21., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 7. S. 41. Bd. VII. S. 52., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 284., Elvers im Arch. f. prakt. Rechtswiss. III. S. 227 – 233.

Zu 6) Nein, man wird dadurch dem Eigenthümer zur Entschädigung verpflichtet, Hagemann a. a. O.

Zu 7) Durch die Verschiedenheit des römischen und deutschen Rechts und durch Mangel an Unterscheidung der Grundsätze vom Besitz und Eigenthum ist diese Frage schwierig geworden. Bekanntlich rechnet das römische Recht die Bienen zu den wilden Thieren. Also — folgert man, sind sie res nullius, und Jeder kann sie einfangen, gleichviel ob auf eigenem oder fremdem Boden, §. 12. J. 2. 1. — im letzteren Fall wenigstens in so lange, als dessen Eigenthümer den Eingang nicht verwehrt. Im wilden Zustand können sie nicht besessen werden, also — sagt man weiter — können sie auch nicht in Jemandes Eigenthum seyn. Allein selbst nach römischem Recht ist die Folgerung,

daß die Bienen um deswillen, weil sie wilder Natur sind, res nullius seyen, sehr zweifelhaft; denn daraus, daß man den Besitz einzelner im Eigenthum befindlichen Gegenstände noch nicht ergriffen hat, folgt noch nicht, daß sie nicht im Eigenthum seyen, Höpfner Instit. Comm. §. 300. not. 4., Leyser Spec. 440. Med. 3. Nach deutschem Recht ist das Gegentheil besonders anerkannt, ungeachtet auch dieses die Biene als einen wilden Wurm bezeichnet. Niemand kann sich aber heut zu Tage auf die l. 3. §. 1. D. 41. 1. berufen, um überall ungestört jagen zu dürfen, es gibt fast nichts mehr, was nicht in Staats= oder Privateigenthum übergegangen wäre. Der Eigenthümer des Wassers ist auch Eigenthümer*) der darin befindlichen Fische; dem Waldeigenthümer gehört [?] das Wild, so lang es sich darin befindet; so auch dem Eigenthümer des Baums der darin hausende Bienenschwarm, Busch a. a. O. §. 18., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 282., Biener Diss. de apibus. Lips. 1773. §. 32., Leyser Sp. 537. Med. 11., vergl. den Commentator des Weichbilds art. 119. no. 11. „Seynd die Bienen in einer Beuthen (in einem Wald), weß die Beuthe ist, deß sind sie, wer sie aber in einen Baum beschleußt, deß sind sie auch; wer sie stehle, der wär' ein Dieb." Ist daher der Wald ein Lehen, so betrachtet man die Bienen, welche sich darin angebaut haben, als pars feudi, und nur den aus ihnen gewonnenen Honig als allodial, weil fructus feudi immer die allodiale Eigenschaft haben, Busch a. a. O.

In Ansehung der Waldbienen ist hierüber wohl überall kein Zweifel, s. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 122. u. 371., dessen Landwirthschaftsr. §. 284., Noë Meurer Forst= und Jagdrecht (Ausg. v. 1560.) S. 52. 57. 67. Die Bienenzucht im Reichswald um Nürnberg war ein kaiserliches Lehen, s. Schwarz Diss. de Buligulariis. Elvers a. a. O. S. 230.

Was die zahmen Bienen anbetrifft, so leidet es, so lange sie consuetudinem revertendi haben, ohnedies keinen Zweifel, daß sie dem Eigenthümer des Mutterstocks gehören, l. 3. §. 16. D. 41. 2. — apes, quae ex alveis nostris evolant, et secundum consuetudinem redeunt a nobis possideri, — daher sie auch, wenn sie auf fremdem Grund und Boden Honig sammeln, nicht weggefangen oder beschädigt werden dürfen, s. Busch a. a. O. §. 62. Wenn nun aber ein Schwarm

---

*) [Dies ist ungenau, denn in freien Gewässern sind die nicht in Behältern gehaltenen Fische nicht Eigenthum des Berechtigten, da er sie nicht in Besitz hat.]

seinen vorigen Sitz verläßt, und sich in des Nachbars Garten ansetzt, kann er dann vom Nachbar durch Occupation zu Eigenthum erworben werden? oder ist der bisherige Eigenthümer befugt, ihn da noch einzufangen? Dies ist zweifelhaft geworden vermöge der Befugniß des Grundeigenthümers, einem Jeden den Eintritt zu verwehren, und besonders spricht der Commentator des Weichbilds in der vorangeführten Stelle gegen den vindicirenden Eigenthümer des Schwarms zu Gunsten des Occupanten, verb. „fliehen sie (die Bienen) aus, und kommen in eines andern Mannes Gewehr, sie seynd deß, dem sie entflogen sind, ob er ihm auch auf den Fuß nachfolget, doch mag er ihn nicht folgen in eines Mannes Gewehr, ob ihm der Mann dahin zu folgen verbeutet." Wenn nun auch das Sachsenrecht sich hiernach richtet, v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 369., Denecken Dorf- und Landrecht S. 246. Res. IV. §. 2. — so kann man doch nach gemeinem Recht nicht wohl bestimmen; denn wenn es in l. 5. §. 3. D. 41. 1. u. §. 14. J. 2. 1. heißt: plane integra re, si praevideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur, so kann dies dem Zusammenhang nach nur von herrenlosen Bienen verstanden werden. Das Verfolgungsrecht des entflohenen Bienenschwarms (versteht sich gegen Vergütung alles dem Dritten entstehenden Schadens) wird aber dem Eigenthümer indistinct und nicht blos auf seinem Grund und Boden (wo es keiner besondern Bestimmung bedürfte) gestattet, so lange als er den Schwarm sieht, und dessen Verfolgung nicht zu schwierig wird. Erst dann, wenn er die Verfolgung aufgeben muß, wird der entflohene Bienenschwarm Eigenthum Dessen, auf dessen Grund und Boden er sich gesetzt hat; l. 3. §. 2. l. 5. §. 4. D. 41. 1. — l. 26. D. 47. 2., Hagemann a. a. O. und im Landwirthschaftsr. §. 284., Schröter vermischte jurist. Abhandl. Bd. I. S. 425. [Die gestellte Frage ist genauer so zu fassen: hat der Eigenthümer des Schwarmes ein unbedingtes Eintrittsrecht hinsichtlich des fremden Grundstücks, wo der verfolgte Schwarm sich niedergelassen hat? Elvers verneint die Unbedingtheit gegen Hagemann Landwirthschaftsr. §. 284., indem er hinzufügt: vollends wenn es sich um den Eintritt in die Hofraithe oder den Garten handle, da nach deutschem Rechte diese durch die hier vorgeschriebene Einhegung besonders befriedet und gegen unbefugtes Eindringen geschützt seien. In Hagemann's prakt. Erörter. Bd. II. S. 123. ist ein Gutachten der Lüneburger Imker abgedruckt, worin es heißt: „Fleucht der Schwarm jemand in den Garten oder Hof, muß er den Dominum fundi darum begrüßen, daß er ihm

den Schwarm einladen lassen wolle, welches ihm dann von redlichen Leuten nicht wird versagt werden." Nach Elvers stellt sich also das Verhältniß so: „Allerdings ist der Eigenthümer auch nach deutschem Recht befugt, durch Verfolgung des Schwarmes auf fremden Grund und Boden sein Eigenthum daran zu conserviren, und wird er durch das Verbot des Grundherrn an dieser Verfolgung verhindert, und geht dadurch sein Eigenthum verloren, so wird er jenen auf Schadenersatz in Anspruch nehmen können. Allein daraus folgt noch nicht ein selbständiges Recht des Eindringens in die fremde Gewehre. Auch das Erbieten zum Ersatz der etwa eintretenden Beschädigung vermag ein solches Recht noch nicht zu gewähren. Daß übrigens, wenn die Verfolgung des Schwarmes ausdrücklich oder stillschweigend gestattet worden ist, der beim Einfangen entstandene Schaden vom Eigenthümer des Schwarmes ersetzt werden muß, versteht sich von selbst." Hess. Arch. f. prakt. Rechtswiss. Bd. III. S. 233—236. in Verbindung mit Seuffert's Archiv VIII. No. 49. — Eine gewisse Analogie zu unserer Frage enthält der in l. 15. D. ad exhib. (10. 4.) von Pompon. behandelte Fall.]. Auch wenn der entflogene Schwarm sich in einer leeren Bienenwohnung auf dem Eigenthum des Andern angesiedelt hat, nimmt man an, daß derselbe dann Eigenthum des Letztern geworden sey, s. Busch a. a. O. §. 41. u. 44. Im Allgemeinen kann man die Bestimmungen des preuß. Landrechts Thl. I. Tit. 9. §. 118—126. über diesen Gegenstand auch als gemeinrechtlich anerkennen. Gleiche Bestimmungen finden sich auch im Baden'schen Landrecht v. J. 1809. Art. 564.; das Oesterreichische Gesetzb. Art. 384. fügt jedoch hinzu, daß gegen den Eigenthümer des Stockes der Verlust eintritt, wenn er den Schwarm nicht binnen zwei Tagen verfolgt, s. Schröter vermischte jurist. Abhandl. Bd. I. S. 425., Roth v. Bienenrecht S. 51., Mittermaier d. Pr.-R. Th. I. §. 162. no. 2. Historisch ist in Betreff des Bienenrechts zu bemerken, was von den Zeidlern und Zeidelgütern in Siebenkees historisch-diplomatischem Magazin, und den Dissert. von Schwarz de Butigulariis, Altdorf 1723. und v. Scheurl de jure mellicidii, Altdorf 1690. gesagt ist.

Zu 8) Die Meinungen sind verschieden. Einige behaupten, daß das Vindicationsrecht stattfinde, wenn der Eigenthümer des Mutterstocks nur weiß, wohin der Schwarm geflogen ist, und gegen Denjenigen, bei welchem er sich angesetzt hat, oder in einem neuen Stock eingezogen, oder von welchem er eingefangen worden ist, die Identität der Bienen beweisen kann, wozu man besondere Probemittel hat, z. B. man thut eine Partie Bienen von dem Schwarm in ein Glas, be-

streut sie mit Kreide und läßt sie dann fliegen. Fliegen nun die mit Kreide besprengten Bienen in den alten Stock ein, so ist es kein Zweifel, daß der Schwarm aus diesem Stock ausgezogen sey; Busch a. a. O. §. 54., Hellfeld Jurisp. for. §. 1732., Roth vom Bienenrecht §. 12. Andere behaupten geradezu das Gegentheil: „Wenn ein junger Schwarm wegzieht ohne daß der Eigenthümer es weiß, so darf ihn fassen, wer da will, wenn auch der Eigenthümer es beweisen könnte, daß er aus einem seiner Bienenstöcke ausgezogen sey,“ s. Kern unterschiedener Rechte, besonders des Bienenrechts S. 52., Schneidewind ad §. 14. J. de rer. divis. (2. 1.). Die Gesetze selbst führen auf folgende Entscheidung: ist der Schwarm von einem Andern bereits occupirt, nachdem wir ihn aus den Augen verloren haben, mithin ohne daß wir durch dessen Verfolgung uns die Möglichkeit unsere physische Einwirkung continuirlich nach Willkür zu reproduciren gerettet haben, so ist derselbe dem Dritten durch Occupation erworben. Denn der ihm zugeflogene Schwarm hat den animus revertendi abgelegt, und ist in den Zustand der natürlichen Freiheit zurückgekehrt, demnach res nullius geworden, quae cedit primo occupanti; l. 3. §. 2. D. 41. 1. Ideoque si alius apes incluserit, is earum dominus erit, l. 5. §. 3. D. eod. So lange aber ein Anderer den Schwarm nicht eingefangen hat, so lange er z. B. nur an einem Baum in seinem Garten hängt, und wir noch in dessen Verfolgung begriffen sind, wissend, wohin er geflogen ist, muß auch unser Vindicationsrecht nach einer vernünftigen Auslegung der vom Bienenschwarm sprechenden l. 5. §. 4. D. eod. dauern, examen quod ex alveo tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus persecutio est,*) alioquin occupantis fit. Das bloße Anhängen an den Baum des Nachbars verschafft diesem noch nicht Eigenthumserwerb; l. 5. §. 2. eod. apes, quae in arbore nostra consederint, antequam a nobis alveo concludantur, non magis nostrae intelliguntur, quam volucres, quae in nostra arbore nidum fecerint. Daß aber dem Verfolger der Schwarm vom ersten Augenblick des Ausfliegens bis zu dem des Findens nicht aus dem Gesicht gekommen seyn müsse, scheint nicht gefordert werden zu können. Genug, wenn wir wissen, daß er uns und wohin er entflogen ist, mithin die Möglichkeit der Reproduction unserer physischen Herrschaft noch nicht aufgehört hat; Busch a. a. O. S. 102. Ist aber der Schwarm ohne unser Wissen

---

*) D. i. wenn wir uns nicht durch die Schwierigkeiten von fortgesetzter Verfolgung abgehalten finden.

ausgeflogen, und uns aus dem Gesichte gekommen, so kann er von Jedem durch Occupation erworben werden; Müller D. de jure apum. Jenae 1685. th. VII.

Zu 9) Nur insofern, als er daran durch eine Unvorsichtigkeit Schuld trägt, z. B. wenn er die Bienen nahe an einem Fuß- oder Fahrweg oder an des Nachbars Grenze aufstellt; Roth v. Bienenrecht S. 86., Biener D. de jure apum §. 18., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 7. §. 2. Ein bestimmtes Maß der Entfernung ist gesetzlich nicht gegeben, folglich nach Umständen und sachverständigem Ermessen zu bestimmen, wobei darauf viel ankommt, ob die Straßen oder Gärten, wohin die Bienen ihren Flug haben, durch eine Befriedigung von 5—6 Fuß Höhe vom Bienenstand getrennt sind, welchenfalls die Bienen hoch fliegen, daher Niemand leicht von ihnen gestochen wird; Büsching und Kaiser Journal für Bienenfreunde Jahrg. I. Stück 2. S. 92.; eine noxae deditio findet dabei nicht statt.

Da ohne Schuld des Eigenthümers der Bienenstöcke eine Verbindlichkeit zum Ersatz des durch die Bienen verursachten Schadens nicht gefordert werden kann, die Bienenkenner aber darin übereinstimmen, daß der Beraubte allemal durch vernachlässigte Beobachtung und Fürsorge selbst Schuld trage, so wird die Verbindlichkeit zum Schadenersatz nur auf den Fall eingeschränkt, wenn Jemand wissentlich oder vorsätzlich Raubbienen macht oder hält; Runde deutsch. Privatrecht §. 254., v. Ehrenfels über die Bienenzucht Th. I. S. 299., Roth v. Bienenrecht §. 15. S. 71—74., Biener Diss. cit. §. 28. Die Raubbienen durch Gift zu tödten,*) ist aber nicht erlaubt; Hagemann Landwirthschaftsr. §. 284., Weiske Handb. des allg. deutsch. Landwirthschaftsr. §. 195. Pfändung der uns Schaden zufügenden Bienen wird gewöhnlich für erlaubt gehalten; Leyser Sp. 111. Med. 3. — Nach dem Preuß. Landr. Th. I. Tit. 9. §. 126. ist die Polizei berechtigt, Verfügungen zu treffen, wodurch das Rauben der Bienen verhindert wird, und diejenigen Stöcke, unter welchen es eingerissen ist, davon wieder entwöhnt werden.

Zu 10) Man unterscheidet, ob dem Verkauf ein Werthsanschlag vorausgegangen ist oder nicht? Im ersten Fall hängt die Entscheidung davon ab, ob die Bienen darin aufgenommen sind oder nicht; im zwei-

---

*) Gesterding in d. Ausbeute rc. Th. VI. Abth. 2. S. 170. behauptet zwar das Gegentheil, und zwar schlechthin von allen Bienen, die in meinen Garten herüberfliegen, aber ohne allen gesetzlichen Grund; s. dagegen l. 27. §. 12. l. 49. pr. D. 9. 2.

ten Fall kommt es darauf an, ob fundus instructus verkauft worden ist, und dann sind auch die Bienenstöcke als mitverkauft anzusehen, weil sie zum instrumentum fundi gehören, l. 10. l. 12. §. 13. D. 33. 7. außerdem nicht, s. Busch a. a. O., §. 19., Beneckendorf Oeconomia forensis Bd. II. §. 201., Christ Anweisung zur Bienenzucht §. 215. Andere Meinung, jedoch ohne Anführung eines Grunds, ist Hommel Rhaps. Obs. 438., wo er sagt: apes et apiaria emtores praedii non sequuntur, neque heredem feudalem. Ist ein Wald, worin Bienenzucht getrieben wird, verkauft, so zweifelt Niemand, daß der Käufer auch das Eigenthum der Bienen erhält, s. Roth Bienenrecht S. 93., Busch a. a. O. §. 19. arg. l. 3. §. 14. D. 41. 2.

---

§. 102.

5. Vom Eigenthum an Papieren auf den Inhaber (au porteur).*)

1) [Welche Arten von Werthpapieren gehören zu den Obligationen au porteur oder Inhaberpapieren?]
2) [Wie unterscheiden sich Inhaberpapiere einerseits vom Papiergeld und anderseits von anderen negoziablen Werthpapieren?]
3) [Wie unterscheiden sich die eigentlichen Inhaberpapiere von den uneigentlichen (s. g. qualifizirten Legitimationspapieren)?]
4) [Wie unterscheiden sich die grundherrlichen Partialobligationen (Partialen) von den gewöhnlichen Anlehnspapieren au porteur?]
5) [Gehören Inhaberpapiere zu den Fungibilien?]

---

*) [Dieser §. konnte nicht ohne Umarbeitung in Gemäßheit der neueren Literatur und Gesetzgebung aufgenommen werden, und bei dieser Gelegenheit entstand die Frage, ob der insgemein dem Handelsrecht vindizirte Stoff in dieses Buch über Civilrecht gehöre, und sodann, ob, wenn überhaupt, er an diesem Orte und nicht vielmehr in der Lehre vom Obligationenrecht (III. Bd.) darzustellen sey. Da ich nun die Inhaberpapiere im Wesentlichen zum Handelsrecht rechne (s. Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. VI. S. 1 ff.), aber mich auch so viel wie möglich dem Verfasser anschließen will, so habe ich den Ausweg getroffen, daß ich die vom Verfasser aus der großen Fülle interessanter Partien herausgegriffenen Fragpunkte, wenn auch unter andern Nummern, doch im Wesentlichen beibehalten, die Lehre an diesem Orte stehen gelassen und nur eine kleine Anzahl anderer Fragpunkte hinzugefügt habe.]

6) Steht es jedem Privaten frei, Obligationen au porteur auszustellen [Emissionsbefugniß]?
7) [Kann den Inhaberpapieren die Negoziabilität entzogen und wiedergegeben werden (Fest- und Freimachung)?]
8) [Sind die Zinsabschnitte (Coupons) abhängig von der Hauptobligation?]
9) [Wird der Aussteller schlechthin durch Zahlung liberirt?]
10) [Muß der Aussteller des Inhaberpapiers unter allen Umständen an den Präsentanten zahlen?]
11) [Kann der Aussteller mit einer Gegenforderung compensiren?]
12) Was hat der Verkäufer eines Inhaberpapiers seinem Käufer oder Cessionar zu gewähren?
13) Steht dem Aussteller die Berufung auf das Anastasische Gesetz zu?
14) [Gelten für die Verpfändung von Inhaberpapieren besondere, von den gewöhnlichen Regeln über Mobilien abweichende Regeln?]
15) Sind Lieferungsverträge [und Differenzgeschäfte] über Inhaberpapiere giltig?
16) [Sind Inhaberpapiere vindikabel?]
17) Können Obligationen au porteur der Amortisation [Mortifikation] unterworfen werden?

Zu 1) [In unserer Zeit circuliren viele Arten von Urkunden, durch welche der Aussteller sich zu einer Leistung verpflichtet bekennt, und welchen die s. g. Inhaberklausel d. h. die Erklärung einverleibt ist, daß der (jeder) Inhaber, Bringer, Zeiger, Präsentant die Leistung erheben könne. Die wichtigsten Arten sind 1) die Partialobligationen, d. h. die auf Grund eines Generalanlehns emmittirten Schuldpapiere, deren Gesammtbetrag die nominelle Summe des Anlehns ausdrückt. Jede Partiale bildet ökonomisch einen Bruchtheil der Anlehnssumme, juristisch aber repräsentirt sie eine selbständige, völlig isolirte Verbindlichkeit des Ausstellers auf Leistung der im Papier benannten Summe. Aussteller (Schuldner) sind der Staat (Fiskus), Gemeinden, bedeutende Grundherren (s. unten zu Fr. 4.), Aktienvereine (daher zuweilen Prioritätsaktien genannt). Die Zahlungsverbindlichkeit pflegt durch das Anlehnsprogramm eigenthümlich normirt, z. B. dem Aussteller die Bestimmung der Verfallzeit (Kündigung) vorbehalten zu seyn, oder in Gemäßheit eines Auslossungsplanes (s. g. An=

lehnsloose) bestimmt und dabei wohl mit Zusicherung von Prämien (daher s. g. Prämienscheine) verbunden zu werden. Vergl. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 110. — 2) Die Pfandbriefe, welche von ritterschaftlichen und anderen Creditvereinen emittirt werden. Vergl. Kohlschütter in Rau's Archiv d. polit. Oekon. N. F. Bd. I. (1843) S. 211 ff., Kuntze a. a. O. §. 131. — 3) Die Banknoten d. h. von privaten Creditinstituten emittirte Zahlungsscheine über verhältnißmäßig kleine und unverzinsliche Summenbeträge, auf Sicht gestellt und also jederzeit einlösbar. Dieselben circuliren wie Geld und werden daher von Manchen, z. B. Mittermaier Privatr. §. 273., Seuffert i. d. Blätt. f. Rechtsanw. Bd. XXI. Ergänzungsbl. No. 1. u. Unger Die Natur d. Inhaberpap. S. 9—12. zum Papiergeld gerechnet; richtiger indeß werden sie als Ausdruck einer civilrechtlichen Schuldverbindlichkeit der Bank angesehen und folglich zu den Obligationen au porteur gerechnet. S. Nebenius D. öff. Credit, 2. Aufl. S. 95. u. 138., Thöl Handelsr. §. 51., Pöhls Handelsr. Bd. I. §. 136. S. 313., Hoffmann i. Arch. f. deut. Wechselr. V. S. 258. 260., Kuntze a. a. O. §. 111. S. 483 ff., Zaun im Hess. Arch. f. prakt. Rechtsw. VII. S. 277—290. — Vergl. unten zu Fr. 11. u. 17. — 4) Die Lotterieloose oder Einlagescheine der modernen (...) in der Regel im Staatsmonopol stehenden Klassenlotterien; sie gewähren dem Inhaber einen Anspruch auf den eventuellen, vom Ausgange der geregelten Ziehungen abhängigen Gewinn. Vergl. Kuntze a. a. O. §. 112., Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. Bd. XVII. S. 323. — 5) Die Aktien, welche den Inhabern theils ein statutenmäßiges Repräsentations- und Stimmrecht, theils einen durch den Gang des Unternehmens bestimmten Anspruch auf den Vereinsertrag und bez. auf den durch die etwaige Liquidation sich ergebenden Vermögensrest gewähren. Vergl. Kuntze a. a. O. §. 114. und in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. Bd. VI. S. 229 ff. — 6) Ueber Zinsscheine und Dividendenscheine s. unten zu Fr. 8.]

Zu 2) [Vom Papiergeld unterscheiden sich die Inhaberpapiere dadurch, daß sie ein Forderungsrecht des Inhabers darstellen, welches nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist, während das Papiergeld eine durch staatliche Autorität geschaffene Sachenart ist, für welche unter den successiven Inhabern die Grundsätze des reinen Sachenrechts, zwischen dem Inhaber und emittirenden Staat aber publicistische Grundsätze in Anwendung kommen. Das Papiergeld (des eigenen Staats) steht dem Metallgeld vermöge staatsrechtlicher

Fiktion gleich, folglich muß es von Jedem, welcher Anspruch auf eine Geldleistung hat, angenommen werden, wofern er sich nicht Metallgeld vertragsmäßig ausbedungen hat (s. g. Zwangskurs im weitern S.); s. Thöl Handelsr. §. 54 b., v. Savigny, Oblig.-R. Bd. I. S. 414. 439., Hoffmann i. Arch. f. deut. W.-R. Bd. V. S. 256. 278., Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 101—103. Demgemäß sind gesetzliche Singulärbestimmungen, welche vom „Gelde" handeln, regelmäßig nicht auf Inhaberpapiere zu beziehen, z. B. ein Wechsel ist ungiltig, welcher eine Verbindlichkeit zur Leistung von 10 Stück Staatspapieren enthält: s. Seuffert's Archiv VII. S. 108. Arch. f. W.-R. Bd. III. S. 208 ff., Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XI. S. 459. Bd. XIX. S. 440. —

Andere negoziable Werthpapiere sind die Ordre- und Blankopapiere. Das Ordrepapier unterscheidet sich vom Inhaberpapier dadurch, daß dieses in Gestalt eines einfachen Besitzwechsels cirkulirt und folglich zur Begebung die bloße Tradition genügt, während das Ordrepapier des Indossaments (Giro) bedarf, um den neuen Besitzerwerber zum Forderungsberechtigten zu machen. Vergl. deutsche Wechselordnung Art. 36. u. deutsches H.-G.-B. Art. 305. — Das Blankopapier kommt nicht mehr in einfacher Form, sondern nur in Anwendung auf das Ordrepapier, nämlich als Blankoindossament vor: vergl. deutsche W.-O. Art. 12. 36. Deut. H.-G.-B Art. 305. Ein in blanco indossirtes Ordrepapier wird von Manchen geradezu für gleichbedeutend mit einem Inhaberpapier erklärt, s. Erk. des O.-A.-G. zu Dresden in v. Langenn's Annalen Bd. III. S. 417.; indeß ist dies nicht genau, denn das Blankoindossament ist offenbar ein auf Benennung eines bestimmten Gläubigers angelegtes Papier, folglich schwebt das Rechtsverhältniß, bis der freie Raum mit einem Namen ausgefüllt ist oder für ausgefüllt gilt, und bis dahin ist der jeweilige Inhaber nicht eigentlicher Gläubiger, sondern nur in der Lage, sich beliebig dazu zu machen. S. Kuntze i. Archiv f. W.-R. und Handr.-R. XI. S. 148 ff. und in Goldschmidt's Zeitschr. f. Hand.-R. VI. S. 37.]

Zu 3) [Im heutigen Verkehr ist es bei vielen Arten von Urkunden üblich, die Inhaberklausel einzuschalten, ohne daß dabei der Zweck leitend ist, dadurch die Urkunden zu negoziablen Werthpapieren zu machen. In der Regel tragen solche Urkunden den Namen eines Gläubigers, sind also persönliche Werthpapiere (s. g. Rektapapiere), und die Inhaberklausel soll daneben nur bedeuten, daß der Aussteller (Emittent, Schuldner) befugt sey, die Zahlung an jeden

Präsentanten, ohne Legitimationsprüfung, zu zahlen; d. h. jene Klausel ist nicht zugunsten des (jeweiligen) Inhabers, sondern zugunsten des Ausstellers beigefügt, welchem die Mühe der Legitimationsprüfung erspart werden soll, und folglich ist der Präsentant als solcher nicht forderungsberechtigt; der Aussteller kann ihm die Zahlung verweigern, wenn derselbe sich nicht als Cessionar oder Mandatar des eigentlichen (im Papier benannten) Gläubigers ausweist; zahlt aber der Aussteller freiwillig, so wird er liberirt, wie wenn er die Zahlung an den Gläubiger selbst, an dessen Cessionar oder Mandatar geleistet hätte; der eigentliche Gläubiger muß die Zahlung wie an sich selbst geleistet anerkennen, da der Aussteller sich dafür auf die Inhaberklausel stützt. — Allerdings wird der Aussteller selten Anlaß oder Interesse haben, die Zahlung zu weigern, und aus diesem Grunde pflegen solche (von mir s. g.) qualifizirte Legitimationspapiere im Verkehr fast wie eigentliche Cirkulationspapiere umzulaufen, ja es ist in der Praxis schwer, die Grenze zwischen den eigentlichen und uneigentlichen Inhaberpapieren abzustecken. S. Grävell, Pract. Comment. zur allg. Preuß. Gerichts-O. Bd. V. S. 352. 353., Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 90. 94. 116. 117. und in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. VI. S. 33. Bei einzelnen Arten dieser Papiere wird die Bedeutung der Inhaberklausel aus den Statuten der Anstalt, welche die Papiere emittirt, zu ermitteln seyn, aber selbst manche Statuten schwanken in der Auffassung; die Rechtsüberzeugung erscheint hier noch als im Fluß befindlich, und bei den kleinen Lieferungsscheinen des alltäglichen Verkehrs dürfte sich die Rechtsüberzeugung überhaupt nicht leicht präzisiren. — Zu diesen Legitimationspapieren mit Inhaberklausel gehören Versicherungspolicen (s. Striethorst's Arch. f. Rechtsf. Bd. VII. Jahrgg. II. Bd. III. Berlin 1853., S. 39. 43., Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. III. S. 189 ff., Römer's Sammlg. v. Lübecker Entscheid. in Frankf. Rechtssachen Bd. III. S. 425 ff., Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1858. S. 447 ff. u. 1860. S. 337 ff., v. Langenn's Annalen Bd. III. S. 398. (Pfandscheine öffentlicher Leihhäuser, Sparkassen- oder Einlagebücher (s. Sammlung v. Entscheid. in Rostocker Rechtsfällen, 2. Forts. 1856. No. XXIV. S. 142 ff., v. Langenn's Annalen Bd. V. S. 51.). Ueber Empfangsbescheinigungen und Gepäckscheine bei Postanstalten und Eisenbahnen vergl. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 94. S. 401. 402., Koch Die Eisenbahnen Deutschl. 2. Abtheil. S. 105. Anm. 9. — Unverkennbar waltet im Verkehr die Tendenz vor, alle Werthe möglichst zu mobilisiren u. demgemäß auch Rekta-

papiere mehr und mehr in das Gebiet negoziabler Werthpapiere hinüberzudrängen, wovon die Lotterieloose einen Beweis geben: s. Kuntze a. a. O., S. 403. und Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1860. S. 342 ff.

Mit derselben Frage hängt die neuere Controvers zusammen, ob Transport- und Fahrscheine, Theater- und andere Eintrittsbillets, Lieferungsmarken über bestimmte Beträge von Speise, Gemüse, Kohlen, Holz u. s. w. als eigentliche Inhaberpapiere in dem Sinne, daß jeder Inhaber als Forderungsberechtigter gelten solle, anzusehen seyen. Manche, z. B. Renaud Zeitschr. f. deut. R. XIV. S. 323. u. Bekker in s. Jahrbuch I. S. 308., erkennen in diesen Billets und Marken nur Quittungen über eine persönliche Pränumeration (was auf den Begriff des qualifizirten Legitimationspapiers führen würde), während Andere, z. B. Thöl Handelsr. §. 54a. Anm. 2. u. Unger Natur d. Inhaberpap. S. 90., diese Urkunden als Ausdruck eines Forderungsrechtes betrachten, welches jedem Inhaber als solchem zustehe. Für letztere Ansicht spricht, daß dergleichen Urkunden keine bestimmte Person als Gläubiger benennen, und daß diese unpersönliche Stellung mit im Interesse des Publikums geschieht, welchem der Erwerb derselben so viel wie möglich erleichtert werden soll. Vergl. Kuntze a. a. O., S. 518.

Ueber ein Cessionsinstrument, welches auf einen bestimmten Cessionar mit Hinzufügung der Inhaberklausel gestellt war, vergl. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1851. S. 54. u. Kuntze a. a. O. §. 93. S. 398.]

Zu 4) [In Süddeutschland ist es mehrfach geschehen, daß große Grundherren (Standesherren) beträchtliche Anlehen durch Vermittelung von Bankhäusern aufgenommen haben, welche bis zum Betrage der Generalschuldverschreibung Appoints zu kleinen Beträgen, s. g. Partialen auf Inhaber, ausgaben. Diese Schuld wird insgemein auf ein oder mehrere Güter des Anleihers hypothekarisch eingetragen, die fälligen Zinsen und Kapitalsraten aber werden von den Partialeninhabern nicht beim Anleiher, sondern bei dem vermittelnden Bankhause erhoben. Vergl. Richter's krit. Jahrbb. f. Rechtswiss. Bd. 19. S. 160., Seuffert's Blätt. f. Rechtsanw. VI. S. 13., XI. S. 1—12., XVI. S. 367., Seuffert's Archiv VII. No. 223., X. No. 91. 202., XIII. No. 55. 112., Bekker in s. Jahrbuch I. S. 309—313., Goldschmidt der Lucca-Pistoja-Aktienstreit (1859), S. 15. 16. — Dieses zusammengesetzte Verhältniß erscheint unter verschiedenen Modalitäten; der gewöhnlichen Gestaltung entspricht es, den Bankier als ursprünglichen Darlehnsgläubiger des Anleihers, die Emission von Partialen als Raten-

cession und folglich die Partialeninhaber als Cessionare des Bankiers, welcher der gemeinsame Cedent ist, aufzufassen. Demgemäß ist der Bankier nicht bloß Unterhändler, aber doch auch nicht im eigenen Namen haftbar, seine Haftung beschränkt sich auf veritas nominis; die Partialeninhaber leiten ihre Ansprüche vom emittirenden Bankier ab, als dessen Cessionare sie gegenüber dem Grundherrn forderungsberechtigt sind; die Hypothek, welche zur Sicherheit des Bankiers bestellt ist, kommt mit ihren Privilegien und ihrer Priorität den Partialeninhabern zugute, wie jeder Cessionar an den Cautionen des Cedenten unmittelbaren Theil hat. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 131. S. 592—601. in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem Anonymus in Seuffert's Blätt. f. R.=A. XI. cit. und einem Erk. des O.=A.=G. zu München, ebendas. XVI. S. 368. Der Verfasser führt hierüber (in der 2. Aufl. zu 1 a.) aus:] Indem der Emittent partielle Cessionen seiner Darlehensforderung vornimmt, treten die Cessionarien oder Partial-Theilhaber gleichwohl nur auf eine beschränkte Weise in die Rechte des Darleihers ein, indem der Schuldner immer nur an diesen zu zahlen schuldig ist, welcher die vertragsmäßige Mittelsperson für den Empfang der Zahlungen des Schuldners und für deren Verabfolgung an die Inhaber der Partialen bildet. Die vom Schuldner an diese Mittelsperson geleisteten Zahlungen liberiren denselben gänzlich, und bewirken die quantitative Löschung der Forderung im Hypothekenbuch. Die Partialen=Inhaber können sich wegen eines unbefriedigten Guthabens immer nur an diese Mittelsperson, nicht aber an den Schuldner halten. Für Zahlungen, welche der Schuldner nicht leistet, haftet der Emittent (abgesehen von den besonderen Fällen, wo ein Cedent auch nomen bonum zu gewähren hat) nicht, sondern nur für die Verabfolgung dessen, was bei ihm eingeht. Der Emittent ist auch im Concurs des Schuldners der legitime Repräsentant und Liquidant der ganzen Forderung, s. Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. VI. S. 12. Bd. XI. S. 1. Bd. XVI. S. 367.

Zu 5) [Es ist zu unterscheiden zwischen solchen Inhaberpapieren, welche aus vereinzelten Geschäften hervorgehen (Einzelpapiere) und solchen, welche sich auf vervielfältigte Geschäfte beziehen, d. h. auf Grund eines Generalprogramms emittirt werden (Massenpapiere). Die ersteren sind durchaus individueller Art, indem sie auf einen eigenen Geldbetrag, Verfalltag und Zahlungsort gestellt sind, und daher jedes Papier einen anderen Werth hat als das andere; die Massenpapiere dagegen pflegen behufs der Vereinfachung der Emissions- und Einlösungsoperationen so übereinstimmend gestellt zu seyn, daß

sie als völlig gleiche Werthe behandelt werden können. v. Savigny Oblig.-R. Bd. II. S. 118. bezeichnet sie daher als „wahre Quantitäten, also Sachen, die gar keinen individuellen Werth haben" (vergl. dazu Bender Verkehr mit Staatspap. §. 33. S. 164—166. der 2. Aufl. und v. Gönner von Staatsschulden §. 57. a. E. und §. 66., Weiske's Rechtslex. s. v. Staatspapiere Bd. X. S. 503., Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. N. F. 1862. S. 147 ff.), erinnert aber daneben daran, daß diese Papiere sich durch ihre individuelle Erkennbarkeit (Nummern und Buchstaben) von den gewöhnlichen Fungibilien unterscheiden. — Die Frage der Fungibilität ist wichtig für den Fall der Illation von Inhaberpapieren als dos (s. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. XIV. S. 161 ff., XIX. S. 340 ff.) und im Fall des Darlehns, welches in Gestalt von Inhaberpapieren vorgestreckt wird. Die Erkennbarkeit der einzelnen Nummern widerstrebt nicht absolut der Fungibilität der Papiere, verhindert aber doch, eine Vermuthung derselben anzunehmen. Es wird auf die Intention der Parteien im einzelnen Fall ankommen. Ausgeschlossen jedoch ist die Fungibilität da, wo mit dem Papier eine gewisse alea verbunden ist (Lotterieloose, Prämienscheine), und zwar gilt dieser Ausschluß unbedingt von dem Zeitpunkt an, wo die Ziehung über die betreffenden Nummern entschieden hat; aber auch schon vorher wird es der Intention der berechtigten Inhaber meistens entsprechen, anzunehmen, daß ihnen gerade an ihren bestimmten Nummern gelegen sey. Vergl. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 152.]

Zu 6) [Die Frage hat eine dogmatische, eine politische und eine positivrechtliche Seite. Vom dogmatischen Standpunkte aus kann ein Zweifel darüber erhoben werden, ob ein Privatwille fähig sey, eine Urkunde mit der eminenten Wirkung zu schaffen, daß jeder Besitzer als Berechtigter gelten soll. Dieser Zweifel ist wohl gerechtfertigt, wenn die Principien des Röm. R. hier als maaßgebend betrachtet werden; nach Germanischer und moderner Rechtsanschauung dagegen ist dem Privatwillen eine solche Kraft wohl beizulegen, daher namentlich Germanisten dieser Ansicht huldigen. Vom politischen Standpunkte aus formulirt sich die Frage: ob es zweckmäßig oder für die Gestaltung der Creditverhältnisse im Verkehr gefährlich sey, die Emission von Inhaberpapieren völlig unbeschränkt zu lassen. Die Gefährlichkeit besteht in Betreff der Geldpapiere auf Inhaber, da diese sehr leicht die praktische Bedeutung des Geldes annehmen und die Vermehrung des umlaufenden Geldes nicht der Privatwillkür schlechthin überlassen werden darf. Den positivrechtlichen Standpunkt anlangend, so findet sich über die Ausgabe solcher Papiere, welche nicht

auf Geld, sondern auf eine Naturalleistung lauten (s. zu Fr. 3. a. E.), nichts in den Gesetzen bestimmt; in der Regel wird den Lokalbehörden eine Aufsicht über die emittirenden Anstalten zustehen. Vergl. Kuntze Lehre v. d. Inhaberp. §. 120—122., v. Savigny Oblig.-R. Bd. II. S. 122. Wechsel auf Inhaber sind nach der A. D. Wechselordnung Art. 4. No. 3. unzulässig; das A. D. Handelsgesetzbuch Art. 301 – 303. erkennt in Betreff der Anweisungen und anderer Verpflichtungsscheine, der Konnossemente, Lade- und Lagerscheine, der Bodmereibriefe und Seeassekuranzpolicen nur die Indossabilität (Eigenschaft als Ordrepapier) ausdrücklich an. Die Ausstellung von Inhaberpapieren zu regeln, ist den Partikularrechten überlassen. Ueb. Preußen s. Gesetz v. 17. Juni 1833. Ueber Hannover s. Werenberg in d. jurist. Zeitung f. Hannover 1859. S. 275. Ueber Bayern s. Seuffert in seinen Blätt. f. R.-A. XXI. Ergänz.-Bl. No. 1. und Seuffert's Archiv f. Entsch. VII. S. 262. und X. S. 116. Nach dem Kön. Sächs. Einführ.-Ges. vom 30. Oct. 1861. §. 17. können Werthpapiere ohne Genehmigung der Regierung von Privatpersonen, selbst aus dem Handelsstande, ingleichen von Gesellschaften, Corporationen und Anstalten auf jeden Inhaber (au porteur) nicht giltig ausgestellt werden.]

Zu 7) [Inhaberpapiere können eine Verwandlung erfahren, indem sie durch einen entsprechenden Vermerk außer Kurs gesetzt (festgemacht, vinculirt) werden. Dieser Vermerk kann entweder generell lauten, und bewirkt dann nur die unbeschränkte Anwendbarkeit der Vindikation (s. unten zu Fr. 16.), oder auf den Namen eines bestimmten, des gegenwärtigen, Inhabers gestellt werden, welchenfalls das Papier von nun an überhaupt seine Inhaberqualität verliert und zu einem Rektapapier wird. Die Außerkurssetzung kann durch einen entsprechenden Gegenvermerk auf dem Papier wieder aufgehoben werden (Freimachung, Devinculirung, Wiederinkurssetzung). — Zu beiden Akten fordern die Partikularrechte die Thätigkeit einer öffentlichen Behörde; s. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 126—128., Preuß. Gesetz v. 4. Mai 1843., Striethorst's Archiv f. Rechtsf. X. S. 348., XIII. S. 56. 247., Kön. Sächs. Gesetz v. 30. October 1861. §. 17.]

Zu 8) [In Betreff der Zinscoupons formulirt der Verfasser (in der 2. Aufl. S. 170.) die Frage dahin:] Sind sie gleicher Natur mit der Schuldverschreibung selbst, und für sich bestehend, oder ein Accessorium jener, so daß deren Recht mit dem principalen Recht steht oder fällt?

Ersteres behaupten v. Bülow in den Abhandl. über einzelne

Materien des römisch. bürgerl. Rechts Thl. I. S. 345., Bender a. a. O. §. 11.; v. Gönner a. a. O. §. 79. räumt dagegen ihnen zwar die Natur eines selbständigen Papiers ein, ohne jedoch einen gegenseitigen Bezug zwischen der Schuldurkunde und den Coupons zu verkennen. Dieser wesentliche Causal-Zusammenhang, in welchem die — allerdings als selbständige Sache und nicht blos als ein Accessorium zu betrachtenden, vom Staat als Schuldner der Hauptsumme ausgegebenen Zins-Coupons erscheinen, macht unfehlbar einen Unterschied zwischen verfallenden Zins-Coupons nothwendig, indem es nach der Natur des Geschäfts als conditio tacita anzunehmen ist, daß die Zins-Coupons nur so lange eingelöst werden, als die Capitalschuld besteht.

Wer daher noch nicht fällige Zins-Coupons kauft, contrahirt über einen noch nicht bestehenden Werth, dessen Realisirung noch unbestimmt ist. Nach diesen Grundsätzen entscheidet Souchay in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 50. die von Gönner a. a. O. §. 79. blos angeregten Fragen:

a) ob wegen abhanden gekommener Zins-Coupons auf deren Amortisation angetragen werden könne? bejahend, so weit die Verordnungen eines einzelnen Staats überhaupt die Amortisation der Papiere au porteur gestatten; s. auch Schumm a. a. O. §. 13.; jedoch — fährt er weiter fort — an eine Vindication der noch nicht verfallenen Zins-Coupons von dem dritten rechtmäßigen Inhaber durch den Besitzer der betreffenden Hauptobligation ist durchaus nicht zu denken; daher auch nicht in dem Fall, wenn von solchen Urkunden, mit welchen eine Dienstescaution geleistet wurde, die Zins-Coupons dem Caventen in Händen gelassen wurden, welcher nun die erst künftig verfallenden Coupons verkauft oder verpfändet.

b) ob die schuldige Kasse, welche gegen Aushändigung der Hauptobligation, — aber ohne die der künftig verfallenden Zins-Coupons — an den Präsentanten gezahlt hat, die bereits verfallenen oder noch künftig verfallenden Zins-Coupons von deren Inhaber einzulösen schuldig sey? verneinend, wie sie denn auch in zwei Rechtsstreiten bei dem k. bayer. Oberappellationsgericht verneinend entschieden worden ist. Bender a. a. O. tadelt zwar diese Entscheidung aus dem Grunde, weil die Staatskasse, indem sie eine Obligation ohne die erst künftig fällig werdenden Coupons zahle, sich einer groben Nachlässigkeit schuldig mache.

Souchay a. a. O. S. 51. not. 1. rechtfertigt aber diese Entscheidung durch die Bemerkung, daß der Staat, — wenn dies nicht, wie in den Frankfurter Stadtobligationen, ausdrücklich ausgesprochen ist, — kein Recht habe, an dem Betrag der Hauptobligation den Betrag der fehlenden, erst künftig fällig werdenden Coupons abzuziehen. Durch den Fehler der Staatskasse hören die Zins-Coupons nicht auf zu seyn, was sie vorher waren, wenn sie anders überhaupt noch existiren; daraus kann also keine Entscheidung abgeleitet werden. Die Entscheidungen der k. bayerischen Gerichte scheinen sich darauf zu gründen, daß die Zins-Coupons ein Accessorium der Hauptobligation seyen; aber wenn dies auch bestritten, vielmehr deren Selbständigkeit behauptet werden könnte, so wird man doch nicht annehmen können, daß sie in gar keiner Beziehung zur Hauptobligation stünden. Denn indem das Geschäft ganz dem gewöhnlichen Darlehn nach gebildet ist, und die Regierungen die Coupons nur deshalb ausgestellt haben, weil sie für die betreffende Hauptobligation eine gewisse Summe Gelds erhalten haben, fällt mit deren Zurückzahlung jede Verbindlichkeit zu Zinsen, und für den Inhaber jeder Anspruch auf den dafür bestimmten Genuß hinweg, und es war sonach von selbst verstanden, daß die ausgegebenen Coupons nur so lange eingelöst würden, als die betreffenden Hauptobligationen nicht eingelöst würden. Die Coupons sind daher nur für die Jahre zahlbar wo die Obligation noch im Umlauf ist.

[In den Partikularrechten findet sich keine Entscheidung dieser Frage. Vergl. über dieselbe noch Schumm die Amortisation verlorner Schuldurkunden S. 83 ff., Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 134., Bekker in seinem Jahrbuch I. S. 413—415., Werenberg i. d. jurist. Zeitung f. Hannover, 1859. S. 281.]

Zu 9) [Für die Bejahung scheint der Satz des Röm. Rechts zu sprechen, daß solutione obligatio ipso jure tollitur; s. Platner Arch. f. civilist. Prax. Bd. 42. S. 211. 245.; indeß widerspricht diese Annahme der Cirkulationstendenz der Inhaberpapiere, und demgemäß wird von Vielen, jedoch auf Grund sehr abweichender Rechtsdeduktionen, behauptet, daß der Aussteller durch Zahlung nur eine exceptio und condictio gegenüber dem Zahlungsempfänger, dagegen absolute Befreiung nur durch Cassation des Papiers (Quittungsvermerk, Durchstreichung u. s. w.) erlange: Maurenbrecher Lehrb. d. deut. R. §. 325., Unger Natur der Inhaberpap. S. 162., Bek-

ker in s. Jahrbuch I. S. 294. 416., Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 136.]

Zu 10) [Nach v. Savigny Oblig.=R. Bd. II. S. 136., Walter deut. Privatr. u. Unger Natur d. Inhaberpap. kann der Aussteller die Zahlung verweigern, wenn er Verdacht oder Gewißheit unredlichen Erwerbs seiten des Präsentanten hat. Die entgegengesetzte Ansicht wird von Einert Ueb. Wesen und Form des Literalcontracts (1852.), S. 85., Bluntschli deut. Privatr. §. 117. u. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 137. vertreten. Vergl. auch Jolly Zeitschr. f. Handelsr. I. S. 342. und Werenberg i. d. jurist. Zeitung f. Hannover, 1859. S. 264. 265.]

Zu 11) [Verneinend haben sich ausgesprochen das O.=A.=G. zu Cassel (s. Seuffert's Archiv III. No. 194.), Gengler Lehrb. d. deut. Privatr. I. S. 171. Anm. 7., Beseler System Bd. III. §. 225. Anm. 11. und Bluntschli deut. Privatr. §. 117., wogegen Andere, z. B. Unger Natur d. Inhaberpap. S. 149., Dernburg die Compensation S. 398., Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 138., Werenberg i. d. jurist. Zeitung f. Hannover 1859. S. 282. keinen juristischen Grund zur Aufstellung einer Ausnahme von den Regeln der Compensation erkennen. Nur in der Bestimmung und der Formulirung der Banknoten scheint der Satz begründet zu seyn, daß die Bank jederzeit baar einlösen muß, folglich nicht compensiren dürfe. — Eine andere Frage ist die, ob es nicht wegen der Leichtigkeit, die gefürchtete Compensation durch Substituirung eines anderen Präsentanten zu verhüten, empfehlenswerth sey, den Satz der Nichtcompensabilität legislativ auszusprechen. Dies nehmen Manche an: s. Bekker in s. Jahrb. I. S. 399.]

Zu 12) Er haftet bloß für die Existenz der Forderung (esse nomen), also für die Aechtheit des Papiers, s. Thöl Handelsr. Bd. I. §. 54. [so sagt der Verf. zu Fr. 2. dieses §. in der 2. Aufl. Wir fügen hinzu: Auch Thöl Handelsr. §. 54.g. und v. Gerber System §. 160. stimmen darin überein, daß der Verkäufer nicht für bonitas, sondern nur für veritas nominis zu haften habe. Vergl. Seuffert's Archiv III. No. 26., VII. No. 307., VIII. No. 125. Demgemäß hat der Verkäufer dafür einzustehen, wenn das Papier unecht, oder von einem Geschäftsunfähigen ausgestellt, oder mortifizirt (Seuffert's Archiv XIV. No. 25.) oder ausgeloost ist (Blätt. f. Rechtspfl. in Thüringen VIII. S. 24.). Vergl. dazu Bekker in s. Jahrbuch I. S. 402—405., Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 153., Platner i. Arch. f. civ. Prax. Bd. 42. S. 239., Goldschmidt der Lucca=

Pistoja-Aktien-Streit (1859), S. 21. 63., Zaun im hess. Arch. f. pract. Rechtswiss. VII. S. 277., Malß Ausgew. Gutachten der Handelskammer zu Frankf. a. M. (1854). S. 125—128., Striethorst's Archiv, N. F. 1860. S. 64 ff.]

Zu 13) [Die vom Verfasser in der 2. Aufl. (s. diesen §. zu Fr. 3.) im Anschluß an Pfeiffer und Mittermaier aufgestellte Verneinung entspricht auch dem heutigen Recht, insofern durch das A. D. Handelsgesetzbuch Art. 299. die Abtretungen von aus Handelsgeschäften hervorgegangenen Forderungen der Beschränkung der lex Anastasiana ausdrücklich entnommen sind. Insoweit nun Ausstellungen und Begebungen von Inhaberpapieren nicht unter das Handelsrecht fallen, wird allerdings das Civilrecht noch in Frage kommen: indeß verträgt sich jenes Gesetz, welches den Handel mit Forderungen beschränken wollte, schon an sich nicht mit dem Wesen des Inhaberpapiers, welches auf Handel und Umlauf berechnet ist; es ist daher ziemlich allgemeine Annahme, daß in der gesetzlichen Anerkennung des Inhaberpapiers eine gesetzliche Ausschließung der lex Anast. liege, wie ein Gleiches in Ansehung des Wechsels (Ordrepapiers) angenommen wird; s. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 139. 140. Ueberdies ist die lex Anastasiana in vielen Partikularrechten überhaupt abgeschafft. Vergl. hierzu Striethorst's Archiv. N. F. 1859. S. 359 ff.]

Zu 14) [Mit Recht erklärt sich der Verfasser in der 2. Auflage zu Fr. 5. in diesem §.) gegen Bender's Ansicht, daß Staatspapiere als Immobilien zu betrachten und daher den Vorschriften über Verpfändung von Immobilien unterworfen seien. Bender hat selbst diese Auffassung als Immobilien in der 2. Auflage seines Verkehrs mit Staatspap. (S. 162.) wieder fallen lassen. — Eine andere Frage ist die, ob für das jus distrahendi hier besondre Modalitäten bestehen: s. Bender Verkehr mit Staatspap. 2. Aufl. §. 104., Walter deut. Privatr. §. 258. 295., Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 151., Striethorst's Archiv, 1857. S. 347 ff. Ueber die Verpfändung von Inhaberpapieren und die Distraktion solcher, insofern Kaufleute die Parteien sind, s. das A. D. Handelsgesetzbuch Art. 309. und 311. — Der Verfasser selbst bemerkt in der 2. Aufl. in diesem §. zu Fr. 5. Folgendes:] Mittermaier möchte, wenn er im deutschen Privatrecht §. 274. überhaupt die Anwendbarkeit der in den Landesgesetzen vorgeschriebenen Formalitäten auf Verpfändung von Papieren au porteur leugnet und dem Pfandinhaber das jus distrahendi, wenn am bedungenen Tage die Einlösung nicht erfolgt, durch Mäkler auf der Börse einräumt, nur durch besondere Handels- und Wechselrechte

und Usancen dieses zu rechtfertigen vermögen, außerdem im Verpfändungsact ausdrücklich bedungen seyn muß, daß dem Pfandinhaber solche Befugniß zustehen solle.

Zu 15) Diese Streitfrage ist wohl gegen Schmalz, die Stockbörse. Berlin 1824., v. Gönner von Staatsschulden §. 10. u. a. m. dahin als entschieden anzunehmen, daß da, wo nicht aus polizeilichen und staatswirthschaftlichen Rücksichten Verbote erlassen sind, der Richter nicht ermächtigt ist, dergleichen häufig nur auf Coursdifferenz gerichteten Verträgen die Klagbarkeit abzusprechen, Bender a. a. O. S. 375., Thöl a. a. O. S. 27. u. 235., Mittermaier a. a. O. §. 274. [Vergl. dazu Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 153. u. Striethorst's Archiv 1859. S. 190 ff. — Die Klagbarkeit der s. g. Differenzgeschäfte ist bestritten, indeß neigt sich die neuere Doktrin dahin, sie anzuerkennen. Vergl. Bender Verkehr m. Staatsp. 2. Aufl. §. 86—89., Thöl Handelsr. §. 102., Walter Privatr. §. 375., Malß i. Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. IV. S. 1—12. Dazu Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. IV. S. 150 ff., XVI. S. 171. und Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. VI. S. 151 ff.]

Zu 16) [Der Verfasser beantwortete diese wichtige Frage in der 2. Aufl. in diesem §. zu Fr. 1. mit Anschluß an v. Gönner's Ausführungen; s. hierüber und überhaupt über die frühere Literatur und Gesetzgebung Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 143—149. Pagenstecher Lehre v. Eigenthum III. S. 80. Anm. 1. erklärt sich vom rechtspolitischen Standpunkte aus gegen die Nichtvindikabilität. Nach dem A. D. Handelsgesetzb. Art. 307. erlangt jeder redliche Erwerber eines Inhaberpapiers je nach dem Rechtstitel das Eigenthum oder Pfandrecht daran, so daß das Eigenthum oder dingliche Recht eines Vorbesitzers erlischt, bez. dem neuen Pfandberechtigten gegenüber nicht geltend gemacht werden kann. Dieser Rechtsschutz steht dem redlichen Erwerber zur Seite, auch wenn die Veräußerung oder Verpfändung nicht von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb geschehen und ebenfalls wenn das Papier ein gestohlenes oder verlornes ist.]

Zu 17) Abgesehen von besonderen Landesgesetzen, welche gewöhnlich die Mortification der auf jeden Inhaber lautenden Staatsobligationen für unzulässig erklären (s. jedoch dagegen die preuß. Ger. Ordn. Tit. 51. §. 120.), muß der Amortisation mittelst Edictalladung, unbeschadet der Restitution des gutgläubigen Inhabers, wenn er nicht in culpa ist, Statt gegeben werden, wenn der Impetrant das Object genau nach Litera, Nummer, Datum, Summe u. s. w. angeben, und

sein Recht auf das Papier, sowie einen Umstand, welcher den angeblichen Verlust wenigstens wahrscheinlich macht, bescheinigen kann, v. Bülow Abhandl. Bd. I. no. 17., v. Gönner a. a. O. §. 75., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 191. not. e., Bender Verkehr mit Staatspapieren §. 69—72., Schumm im Beil. Heft zum civilist. Archiv Bd. XIII., die Amortisation verlorener oder sonst abhanden gekommener Schuldurkunden, Mittermaier a. a. O. §. 274.

[Das A. D. Handelsgesetzb. enthält keine Bestimmungen über die Mortifikation von Inhaberpapieren (wegen der Ordrepapiere s. daselbst Art. 305.). Die Partikularrechte weichen sehr unter einander ab; wo Mortifikation von Staatspapieren zugelassen wird, pflegt als Bedingung (neben den Ediktalien) eine bestimmte Frist von der letzten Präsentation eines fälligen Coupons an festgesetzt zu seyn. Vergl. Renaud i. d. Zeitschr. f. deut. R. XIV. S. 353 ff., Kuntze Lehre v. d. Inhaberp. §. 155—158., Bekker i. s. Jahrbuch I. S. 418—426., Voigt in s. neuen Arch. f. Handelsr. I. (1858), S. 4—35., Schuster d. Amortisationsverfahren bei Staatsobligationen und anderen Urkunden durch die österr. Civilgerichte (1859).]

§. 103.

6. Vom Eigenthum an Briefen und anderen Geistesproducten.*)

Die Eigenthumserwerbung an Briefen, welche eben auch durch Tradition vor sich geht, scheint einer näheren Zergliederung hinsichtlich des Einflusses von dazwischen liegender Zeit und Raum und der nöthigen Mittelspersonen bedürftig; es wird demnach gefragt:

1) Wem steht das Eigenthum an einem abgesandten Briefe zu?
2) Wem steht überhaupt ein Klagrecht wegen verloren gegangener oder gemißbrauchter Briefe zu?
3) Kann auch ein Eigenthum an Geisteswerken angenommen werden und wie weit ist dasselbe dem Verfasser und Verleger von literarischen oder Kunsterzeugnissen gesichert?
4) Steht einem Dritten ohne Zustimmung des Professors die Herausgabe und das Verlagsrecht der von Jenem gehal-

*) Vergl. Schröter das Eigenthum im Allgemeinen und das geistige Eigenthum insbesondere. Breslau 1840.

tenen Vorträge zu, und gründet ein solches Unternehmen für den academischen Lehrer ein Klagrecht auf Schadenersatz?
5) Ist es erlaubt, Briefe, die von dritten Personen herrühren, drucken zu lassen?

Zu 1) Der Brief wird nicht anders und nicht eher Eigenthum des Adressaten, als wenn er entweder ihm selbst, oder seinem Bedientesten oder Beauftragten*) übergeben worden ist, l. 65. pr. D. 41. 1. — allemal jedoch unter der Voraussetzung, daß der Sender des Briefs sich nicht dessen Rücksendung vorbehalten hat, l. 14. §. 17. D. 47. 2. Hier wie überall ist zum Erwerb des Eigenthums Tradition und animus acquirendi erforderlich, Sell im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 130., Heimbach im Rechtslexikon XIII. S. 84.

So lange also der Adressat den Brief noch nicht empfangen hat, bleibt er Eigenthum des Absenders, l. 43. §. 1. D. eod. Damit stimmt auch die Praxis der Postanstalten überein, indem ein bereits aufgegebener Brief unterwegs wieder zurückgenommen werden kann, wenn der Zurückfordernde beweist, daß er der Aufgeber war, was durch Vorzeigung des Petschafts und eines Duplicats der Adresse von der nämlichen Hand zu geschehen pflegt.**) Der Brief kann

---

*) Auf die Kunde des Adressaten von der erfolgten Uebergabe in den beiden letzten Fällen kommt es bei der Besitzerwerbung durch Stellvertreter nicht an; §. 5. J. 2. 9. — l. 1. C. 7. 32. — l. 34. §. 1. l. 49. §. 2. D. 41. 2. l. 13. pr. l. 20. §. 2. l. 53. D. 41. 1., jedoch muß, weil animus und factum zum Besitzerwerb sich vereinigen müssen, mein Wille, den Brief anzunehmen, erst noch hinzukommen, wenn er in meiner Abwesenheit in meiner Behausung bei den Meinigen niedergelegt worden ist, Sell im Archiv für civil. Praxis Bd. XXI. S. 130.

**) Hieraus dürfte auch folgen, daß nur dem Aufgeber oder Adressanten und nicht dem Adressaten eines Briefs oder Packets ein eigenes Recht zustehe, die Ausantwortung desselben gegen den Boten oder die Post, oder, wenn dieselbe nicht möglich ist, den Ersatz des verursachten Schadens klagbar zu verfolgen. Die entgegengesetzte — obwohl von dem Gerichtshofe im betreffenden Fall nicht adoptirte — Meinung sucht zwar Höpfner im civilist. Archiv Bd. XXXVI. S. 119. damit zu rechtfertigen, daß der zwischen dem Absender und dem Boten oder der Post geschlossene contractus mandati vel locati conducti in favorem des Adressaten geschlossen worden sey, daher dieser tertius nach den Grundsätzen des heutigen Rechts auch ein Recht habe, auf Erfüllung jenes Vertrags zu klagen, und daß er überdem durch die Adresse als Cessionar des Adressanten erscheine. Dagegen beruft sich Karstens ebend. Bd. XXXVII. S. 199. zur Widerlegung auf die Postgesetze und Gebräuche,

daher auch nicht Eigenthum des Adressaten werden, wenn der Absender vor der Ueberlieferung gestorben, mithin sein Mandat durch den Tod vor dem Vollzug erloschen ist, l. 2. §. 6. D. 39. 5. Doch ist dies nur mit der Modification anzunehmen, daß der Mandatar bei der Uebergabe schon den Tod seines Mandanten gewußt habe, l. 33. D. 41. 2. — si id fecerit, priusquam sciret, dominum mortuum esse, aut non prohibentibus heredibus, recte possessio tradita erit. Sed si id fecerit, cum sciret dominum mortuum, aut sciret, heredes id facere nolle, contra erit.

Bemerkenswerth scheinen folgende Fälle: Ein von A. geschriebener Brief an B. war von A. seiner Haushälterin, der C., mit dem Worten übergeben worden: „Das gibst Du dem B., das Inliegende erhältst Du von B.“ Kurz darauf starb A., während der Brief in der Hand der C. noch war, welche ihn gerichtlich deponirte; des A. Erben widersprechen der Ausantwortung an irgend einen Andern, als sie, die Erben, weil die C. mandataria des A., mithin, wegen l. 58. D. 17. 1., sie, die Erben, nach l. 14. §. 17. D. 47. 2. Eigenthümer des Briefes seyen. Allein das A. Ger. in Dresden nahm 1832. an, wegen des Schlußsatzes obiger Anordnung des A. müsse die Ausfolgung des Briefs an B. gemäß der l. 65. pr. D. 41. 1. geschehen, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1844. S. 148.

Demselben Tribunal lag 1844. der Fall vor, daß eine Wittwe eine ihr von ihrem Manne gemachte donatio inter vivos aus einem an sie gerichteten und dahin, daß sie den Inhalt für sich annehmen sollte, lautenden Briefe, worin das Document über ein activum lag,

---

welche die Post immer nur dem Absender verantwortlich machen, weist die Voraussetzung, daß die Aufgabe eines Briefs oder Packets in favorem des Adressaten geschehe, als willkürlich und in vielen Fällen unzutreffend zurück, und erkennt die Unterstellung einer Cession in der Adresse deswegen nicht an, weil eine Cession nur dann perfect seyn würde, wenn der Brief wirklich in die Hände des Adressaten gekommen wäre. Auch die Ansicht Sell's im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 143., cf. l. 6. §. 2. l. 24. D. 3. 5., daß die Leistung der Post in Beziehung auf den Adressaten als negotiorum gestio zu betrachten sey, wird aus dem Grunde verworfen, weil die Post, wenn diese Ansicht gegründet wäre, berechtigt seyn müßte, wenn der Adressat die Annahme der Postsendung verweigerte, eventualiter gegen diesen mit der act. neg. gest. contraria auf Bezahlung des auf der Postsendung haftenden Portos zu klagen. Die Post kann sich aber bekanntlich nur an den Aufgeber in diesem Falle halten Der Adressat kann unmöglich ein Recht auf Ausantwortung eines Gegenstandes haben, der noch Eigenthum eines Andern ist, der abgesandte Brief ist aber in der Zwischenzeit zwischen Aufgabe und Ueberlieferung immer noch Eigenthum des Absenders, weil derselbe ihn jederzeit wieder zurückziehen kann.

und den sie nach des Mannes Tode in dessen Pult versiegelt fand, ableiten wollte; ihr ward entgegen gehalten: es fehle die Acceptation, und bloße Adressirung eines Briefes sey keine Uebergabe, l. 15. D. 17. 1. — l. 12. §. 2. l. 34. §. 3. D. 46. 3. — l. 27. §. 1. D. 17. 1. — s. Hasse im Rhein. Mus. Bd. II. S. 372., Wochenbl. f. Rechtsf. 1844. S. 356.

Zu 2) Wenn gleich diesem nach, so lange der Brief vom Adressaten noch nicht empfangen ist, die Gefahr des Verlusts den Aufgeber trifft, und nur von ihm der verloren gegangene oder auch unterschlagene Brief als Eigenthum vindicirt werden kann, so steht doch ein Recht an dem Briefe oder in Beziehung auf denselben Jedem zu, welcher ein Interesse daran hat, daß der Brief seine Bestimmung erreiche. Für alle Fälle eines versirenden Interesse ist unter mehrfachen Exemplificationen desselben in l. 14. §. 17. D. 47. 2. verb. Quis ergo furti aget? Is, cujus interfuit, eam non subripi, die actio furti gegeben, welche h. z. T. wenigstens auf das einfache Interesse stattfinden dürfte, — wenn man aber mit Sell a. a. O. die Pönalklagen als gänzlich abgeschafft betrachten dürfte, so würde der durch die Entwendung des Briefs Beschädigte die actio de dolo auf Restitution oder Leistung des Interesse anstellen können; auch kann Derjenige, an welchen der Brief gerichtet war, sich vom Absender die Klagen auf dessen Wiedererlangung cediren lassen, Sell a. a. O.

Zu 3) Diese Frage findet nun ihre unzweifelhafte Beantwortung in dem Beschluß der deutschen Bundesversammlung vom 9. November 1837. und vom 19. Juni 1845., welcher in einzelnen deutschen Ländern auch eigene Gesetze herbeigeführt hat. Vorzüglich bemerkenswerth sind die in Oesterreich, Preußen, Bayern, Sachsen, Würtemberg rc. erschienenen Gesetze. Um so überraschender ist eine Erscheinung der neueren Zeit: „der Nachdruck ist nicht rechtswidrig, eine wissenschaftliche Erörterung des den versammelten Ständen des Königr. Sachsen am 4. Novbr. 1842. vorgelegten Entwurfs der Rechte an literarischen Erzeugnissen rc. von Dr. L. Höpfner. Leipz. 1843." Der mit scharfen Waffen polemisirende Verf. gibt jedoch zu, daß der Nachdruck unmoralisch sey und aus Gründen der Politik verboten werden müsse. Die frühere Literatur betr. siehe besonders Rössig Buchhandelsrecht. Leipz. 1804. S. 194., Krause über Büchernachdruck. Stuttg. 1817., Krug Schriftstellerei, Buchhandel und Nachdruck. Leipz. 1803., Zachariä Vierzig Bücher vom Staat Bd. III. S. 150., Kramer die Rechte der Schriftsteller und Verleger. Heidelberg 1827., Griesinger der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Moral. Stuttg. 1822., Schmidt der Büchernachdruck. Jena

1823., Weiske Handb. des allgem. deutsch. Gewerbsrechts §. 288. rc. (Leipz. 1839.), Gastambide Traité théor. prat. des contrefaçons en tout genre, ou de la propriété en matière de littérature. Paris 1837. — Ein interessanter Fall findet sich in v. Langenn u. Kori's Erörter. Bd. II. S. 227. über die Frage: „ist es einem Dritten erlaubt, den Text eines bereits edirten Buches, welches den Abdruck eines Manuscr. enthält, zu dessen Entzifferung wissenschaftliche Thätigkeit erforderlich war, durch den Druck zu vervielfältigen?" Die Veranlassung gab eine bei Hartmann in Leipzig 1824. erschienene Ausgabe der Institutionen des Gajus, welcher indeß nicht alle eigenthümliche Bearbeitung abzusprechen war, und welche wenigstens das nicht wieder abdruckte, was ganz unmittelbare Production der ersten Herausgeber war. Der Verleger der ersten von der königl. Academie der Wissenschaften veranstalteten Ausgabe (Berlin bei Reimer 1820.) trat gleichwohl gegen Hartmann klagbar auf, wurde aber vom königl. sächs. Appellationsgericht nach Instruction der Sache abgewiesen.

Zu 4) Die Verwerfung des eigenmächtigen und in der gegebenen Bestimmung der Lehrvorträge nicht begründeten Gebrauchs derselben zu einem pecuniären Gewinn fließt aus denselben Gründen, aus welchen Jeder, der ein Werk der Wissenschaft oder Kunst ohne Einwilligung seines Urhebers, dessen Erben, oder Anderer, welche die Rechte des Urhebers erlangt haben, durch Vervielfältigung mittelst Druckes oder auf andere Weise in dem Publikum bekannt macht, ohne dasselbe zur eigenthümlichen Form verarbeitet zu haben, dem Berechtigten zum Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung verbunden ist. Indem nämlich dem Schüler gegen bestimmtes Honorar nur gestattet ist, sich die Lehrvorträge eigen zu machen, überschreitet er die Grenzen des Erlaubten, wenn er auch das Recht des Lehrers, auf jede andere Art aus den, nur einem bestimmten Kreis mitgetheilten wissenschaftlichen Ergebnissen Gewinn zu ziehen, sich zueignet. Nach diesen Grundsätzen wurde von dem k. b. Oberappel.-Ger. in einem, dem Gesetz vom 15. April 1840. vorangegangenen Fall entschieden*), Seuf-

*) Eben so in Frankreich ein gleicher Fall, s. Moniteur 1836. no 158. Entgegengesetzt früher in Bayern durch zwei Instanzen, vornehmlich aus dem Grunde, weil nur in seltenen Fällen angenommen werden könne, daß der Lehrer eine Selbstherausgabe seiner Dictaten beabsichtige, in Ermangelung eines ausdrücklichen Vorbehalts aber der Inhalt seiner Vorlesungen aufhöre, sein Eigenthum zu seyn, und ihm nur nach Maßgabe einer der ersten Bekanntmachung seines Geistesproducts beigefügten Beschränkung ein Verbot weiterer Verbreitung zustehen könne, Seuffert und Glück a. a. O. Bd. I. S. 335.

fert und Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. VI. S. 188. Dieses Gesetz überhebt nun für die Zukunft in Bayern alles Zweifels durch die Bestimmung des Art. I. „Erzeugnisse der Literatur oder der Kunst dürfen ohne Einwilligung des Urhebers, seiner Erben oder Rechtsnachfolger, weder veröffentlicht, noch ohne daß ein solches Erzeugniß zu eigenthümlicher Form verarbeitet worden, nachgebildet, noch auf mechanischem Wege vervielfältigt werden." „Als Erzeugnisse der Literatur sind auch mündliche Vorträge anzusehen, welche absichtlich zum Zwecke der Belehrung oder des Vergnügens gehalten werden."

Zu 5) Wenn die Absicht, unter welcher ein Rechtsgeschäft eingegangen ist, als das wichtigste Moment zur Beurtheilung anerkannt werden muß (s. Mühlenbruch Doctr. Pandect. I. §. 115.), so darf man wohl dem Grundsatz, daß der Erwerb des Eigenthums an einem auf redlichem Wege empfangenen Brief für den Empfänger unbezweifelt feststeht, hier die Modification beifügen, daß immer eine Präsumtion dafür spreche, daß das Gebrauchsrecht auf Privatkreise beschränkt seyn soll, weil gerade durch die Absendung eines verschlossenen Schreibens der Autor zu erkennen gibt, daß er den Weg der Oeffentlichkeit vermeiden wolle. Nur mit Einwilligung des Schreibers oder seiner Erben können demnach Privatbriefe zum Druck befördert werden, v. Jagemann im Rechtslex. Bd. II. S. 487.

[Diese Frage ist genauer zu bestimmen. Zuvörderst ist anzuerkennen, daß der Adressat das sachliche Eigenthum am Briefe erwirbt, s. oben zu Fr. 1.; Siebdrat Diss. de dominio epistolarum; Harum die österreich. Preßgesetzg. S. 96 ff. Ferner muß dem Adressaten auch die Befugniß zugesprochen werden, einen empfangenen Brief selbst ohne Einwilligung des Autors zur öffentlichen Kenntniß zu bringen, und insofern läßt sich sagen, daß nicht bloß der Briefkörper, sondern auch der Briefinhalt der Verfügung des Adressaten unterworfen ist; ob durch eine solche Veröffentlichung, z. B. mittels Circular oder durch Abdruck in einer Zeitung oder durch öffentlichen Maueranschlag, die Diskretion, Höflichkeit, Moral verletzt wird, bleibt dabei außer Betracht; Harum österr. Preßgesetzg. S. 97. Was aber die Frage der buchhändlerischen Vervielfältigung eines Briefes anlangt, so hängt die Antwort von der unten zu Fr. 4. näher angegebenen Bestimmung ab, ob der Brief überhaupt den Karakter eines literarischen Erzeugnisses habe. Ist dies nicht der Fall, so scheint kein rechtliches Hinderniß jeglicher Vervielfältigung und Veröffentlichung entgegen zu stehen (vergl. jedoch unten zu Fr. 3. Anm. 2.); andernfalls muß der

Adressat sich solcher Veröffentlichungen enthalten, wodurch der Autor in der vermögensrechtlichen Ausnutzung könnte wesentlich beeinträchtigt werden. Vergl. Wächter, Verlagsrecht, §. 20. S. 240. Unbestreitbar verbleibt dem Briefschreiber das eigentliche Autorrecht. Vergl. Heydemann u. Dambach Preuß. Nachdrucksgesetzgebung, S. XIX. u. 240.]

[Ich habe im Vorstehenden die vom Verfasser in der 2. Auflage gelieferten Ausführungen unverändert gelassen, indeß scheinen mir dieselben der Wichtigkeit des Gebietes und der Entwickelung, welche die Theorie auf diesem Gebiete in jüngster Zeit gefunden hat, nicht Genüge zu thun; neuere Literaturerscheinungen fehlen in dem vom Verfasser zu Fr. 3. gegebenen Verzeichniß, und viele andere Fragen außer den wenigen im Obigen aufgestellten sind Gegenstand theoretischer Erwägung und praktischer Entscheidung geworden. Zwar befinden sich Theorie und Praxis auch heute noch hier in der Entwickelung, und die am Bundestage neu angeregte Frage einer ausführlichen allgemeinen deutschen Gesetzgebung über den Rechtsschutz der Geisteswerke hat noch keine Erledigung gefunden: allein eine Reihe von zu beantwortenden Fragen über die Bedingungen und den Umfang dieses Rechtsschutzes aufzustellen, scheint der Aufgabe unseres Buches ganz entsprechend.

Einleitungsweise sei hierzu noch bemerkt, daß die Grundzüge des Rechts durch mehrere Bundesbeschlüsse festgestellt sind. Der Bundesbeschluß v. 9. Nov. 1837. führte überhaupt den Gedanken eines (literarischen und artistischen) Urheberrechts in das Gebiet des positiven Rechts ein und stellt den Anspruch auf Rechtsschutz gegen Mißbrauch durch Nachdruck oder Nachbildung im Allgemeinen und grundsätzlich fest. Indem hiermit das „Minimum des dem Urheberrecht in allen deutschen Bundesstaaten zu gewährenden Schutzes" gewährleistet war, blieb die Weiterentwickelung den Partikularrechten überlassen. Dies geschah auch in den meisten Staaten, zum Theil im Anschluß an das verhältnißmäßig ausführliche Preuß. Gesetz v. 11. Juni 1837., welches, obschon vor jenem Bundesbeschluß verkündigt, doch in den Grundlagen mit demselben übereinstimmt. Unter den anderen Partikulargesetzen ist das Kön. Sächs. Gesetz v. 22. Febr. 1844., den Schutz der Rechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst betreffend, besonders hervorzuheben, weil es in §. 1. das Urheberrecht ausdrücklich als ein Vermögensrecht karakterisirt und als entscheidendes Kriterium für den Genuß des Rechtsschutzes die Voraus-

setzung hinzufügt, daß die zu schützenden Werke „zum Gelderwerb benutzt werden können und hierzu, wie aus der gewöhnlichen Anwendung oder den besondern Umständen erkennbar seyn muß, wirklich bestimmt sind."

Auf jenen Bundesbeschluß beziehen sich zwei andere, durch welche der ursprünglich festgesetzte Rechtsschutz für Schrift- u. Kunstwerke eine Erweiterung erfahren hat; durch Bundesbeschluß vom 19. Juni 1845. ward die Schutzfrist von 10 auf 30 Jahre ausgedehnt, die civil- und strafrechtliche Folge genauer bestimmt und die eventuelle Einholung von Gutachten Sachverständiger angeordnet; der Bundesbeschluß vom 6. November 1856. dehnte den Rechtsschutz der Werke von Autoren, welche vor dem Bundesbeschluß von 1837. verstorben sind, bis zum 9. November 1867. aus.

Außerdem war durch Bundesbeschluß vom 22. April 1841. den Autoren musikalischer Compositionen und dramatischer Werke, so lange dieselben nicht durch Druck veröffentlicht sind, ein zehnjähriges Schutzrecht wider deren öffentliche Aufführung gewährt worden. Dieser Rechtsschutz ward durch Bundesbeschluß vom 12. März 1857. auf ein vom Tode des Autors angehendes Jahrzehend, sowie auf den Fall ausgedehnt, da der Autor zwar das Werk durch den Druck veröffentlicht, aber sich ausdrücklich das ausschließliche Aufführungsrecht vorbehält.

Auf der Grundlage dieser Bundesbeschlüsse, der sich anschließenden Partikulargesetzgebungen und der Gerichtspraxis *) hat sich nun die Doktrin bemüht, dieses neue Gebiet anzubauen. Das Recht, um dessen Construktion es sich hier handelt, wird verschieden bezeichnet: als Eigenthum, als Urheberrecht (Autorrecht), als Verlagsrecht, auch wohl abstrakt als Rechtsschutz von Werken; zur Unterscheidung dieses Rechts von dem sachenrechtlichen Eigenthum pflegt man zu sagen: geistiges oder literarisch-artistisches Eigenthum, oder den allgemeinen Ausdruck: Recht an Geisteserzeugnissen, Recht an literarischen und artistischen Werken, vorzuziehen.

Das Wesen dieses Rechts anlangend, so leugnen Einige, daß dasselbe überhaupt einen selbständigen civilistischen Gehalt habe, indem sie nur eine criminalistische und rein positivrechtliche Grundlage (das durch Rücksichten des öffentlichen Lebens veranlaßte Verbot des Nachdrucks)

*) [Außerdem liegen bekanntlich zwei den neuesten Stand der Literatur und Praxis reflektirende werthvolle Entwürfe eines Gesetzes über Urheberrecht vor: der eine vom deutschen Börsenverein ausgearbeitet, der andre von der österreich. Regierung aufgestellt; s. deutsche Vierteljahrsschrift, Januarheft 1863.]

annehmen. So Jolly in seiner Lehre vom Nachdruck; auch v. Gerber in seinen Jahrbb. III. S. 359—398. behauptet, das Recht Jemandes, sich gegen Nachdruck zu schützen, beruhe lediglich auf der Anwendung eines positiven Rechtssatzes, und dieser werde (nur) durch sittliche Motive veranlaßt; folglich sei das Autorrecht kein eignes selbständiges subjectives Recht. Aehnlich Walter System §. 325. Dagegen geht nun schon der Bundesbeschluß vom 9. November 1837. Art. 2. („das in Art. 1. bezeichnete Recht des Urhebers oder dessen, der das Eigenthum des Werkes erworben hat") von der Idee eines selbständigen eigenartigen, anderen Vermögensrechten analog erscheinenden Privatrechtes aus, und diese Idee ist die seitdem in allen legislativen und dogmatischen Erzeugnissen waltende Triebkraft; vergl. z. B. das Preuß. Gesetz v. 1837. §. 1., das Oesterr. Gesetz v. 1846. §. 1. 2., Badisches Landrecht §. 577., was v. Gerber a. a. O., S. 379. freilich bestreitet. Doch besteht auch hier noch eine Verschiedenheit der Anschauung, indem Einige (z. B. Bluntschli und ähnlich Beseler u. Harum) das Urheberrecht nicht als ein rein vermögensrechtliches, sondern als ein zugleich mit der ganzen Persönlichkeit des Urhebers zusammenhängendes, seine Ehre und seinen Namen angehendes Verhältniß betrachten, während die meisten Rechtslehrer, und mit besonderem Accent O. Wächter (s. besonders S. 91. 94. 108. 112. seiner Schrift über Verlagsrecht) lediglich die ökonomische Seite dem Gebiet des Rechts vindiciren. Gewiß ist, daß diese Seite bis jetzt in der Gesetzgebung ausschließliche Berücksichtigung gefunden hat, und daß sie die praktisch wichtigste ist. — Ueber den inneren Grund des Urheberrechts vergl. noch Volkmann i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. VI. S. 262 ff. und Neue Jahrbb. f. sächs. Strafr. V. S. 199 ff., H. Ortloff in Gerber's Jahrbb. V. S. 292 ff. und R. Schmidt krit. Zeitschr. f. d. gesammte Rechtsw. V. S. 438 ff.

Diejenigen nun, welche das Urheberrecht als ein construirbares privates Vermögensrecht betrachten und die Art des Rechts durch die Natur seines Objects bestimmen wollen, können darüber nicht im Zweifel seyn, daß das Urheberrecht weder eine (sinnliche) Sache, noch eine Leistung, sondern eine solche Existenz zum Gegenstand hat, welche durch ihre individuelle Begrenztheit einer Sache, durch ihre Uebersinnlichkeit und Ungreifbarkeit der obligatorischen Handlung oder Leistung ähnlich erscheint. Unter dem Druck der Interessen des civilisirten Zusammenlebens und nach den befestigten Anschauungen der gebildeten Welt gewinnen viele Erzeugnisse des menschlichen

Geistes (Ideen), sobald sie eine typische Form erhalten und dadurch zu allgemeiner Mittheilung fähig werden, eine individuelle Consistenz und gelten als abgegrenzte, besondere Realitäten (species, formae), welche als Objekte von Privatrechten gedacht werden können.

Die Frage der Zuständigkeit dieses Rechts beantwortet sich nach dem Ursprung seines Objekts. Wie das Entstehen des Objekts durchaus vom Urheber abhängt, so auch, wenn nicht neue Begebenheiten dazu oder dazwischen treten, das Bestehen des Objekts; der Wille, welcher das Objekt im Entstehen beherrscht, überträgt sich von selbst auf das bestehende Objekt; daher kann das Recht am geschaffnen Werk zunächst keiner anderen Person zustehen, als derjenigen, welche es geschaffen hat. Diesem entspricht die Benennung: Urheberrecht. Der Urheber eines Geisteswerkes ist aus demselben Grunde der einzig berechtigte Beherrscher des Werkes, aus welchem nach Röm. Civilrecht dem Specifikanten das Eigenthum an dem Werk seiner Hände zusteht.

Es ist mehrfach und noch neuerdings von O. Wächter und v. Gerber getadelt worden, daß das Urheberrecht auch als (geistiges u. s. w.) Eigenthum bezeichnet werde; dieser Tadel ist berechtigt, sofern es darauf ankommt, die Vermischung des Urheberrechts mit dem Sacheigenthum zu verhüten; allein da heutzutage kaum noch irgend Jemand bei dem Urheberrecht an das Eigenthum des Originalmanuskripts oder des Originalkunstwerks als einzelner körperlicher Existenz denkt, so besteht eigentlich jene Gefahr der Vermischung nicht mehr. Anderseits drückt das Wort „Eigenthum," welches bekanntlich in der deutschen Sprache von jeher eine weitere Bedeutung hatte, als die römischen Worte dominium und proprietas, recht gut aus, 1) daß hier ein Privatrecht und speciell ein Vermögensrecht in Frage ist, 2) daß dieses einen eignen civilistischen Gehalt hat und nicht ein bloßes positives Schutzrecht ist, und 3) daß es ähnlich dem Sacheigenthum nicht an der Person wesentlich haftet, sondern im Sinne einer Singular- und Universal-Succession verkehrsbeweglich und übertragbar ist.

Der wahre Grund, warum aber von Manchen auch heute noch der Ausdruck „Eigenthum" hier verworfen wird, ist der, daß der Auffassung, als sei das Urheberrecht ein an sich, namentlich auch zeitlich, unbeschränktes Recht, der Lebensfaden abgeschnitten werde. Es stehen sich gegenwärtig zwei Parteien gegenüber, welche in lebhaftem Streit befangen sind: nach der einen Ansicht ist das Urheberrecht ein seinem Wesen nach zeitlich beschränktes, nach der anderen dagegen erscheint jede zeitliche Schranke nur als ein utilitate et aequitate receptum. Ich halte die letztere Ansicht für die richtige, schon darum, weil das

Bedürfniß mathematischer Fixirung im Gebiete des Rechts die Sätze jeder Prinzipmäßigkeit entrückt: so ist die prinzipielle Festhaltung der Zeitschranke nichts weiter als der letzte Rest jener (veralteten?) Ansicht, wonach der Schutz des Urhebers sich nur auf Privilegien oder positive Gesetze gründen lasse. Die öffentliche Ueberzeugung scheint mehr und mehr auf Anerkennung des Prinzips der zeitlichen Unbeschränktheit hinzudrängen; vielfach hat die Gesetzgebung sich zu einer Erweiterung der Schutzfristen verstehen müssen, und eine in jüngster Zeit in Paris zusammenberufene Commission hat sich mit überwiegender Majorität für jenes Prinzip ausgesprochen. Was dagegen angeführt wird, spricht eben so gut gegen die Dauer des Eigenthums in Betreff mancher Sacharten. — Doch entspringt aus der Anerkennung des Prinzips der Perpetuität nicht die Nothwendigkeit, alle Consequenzen mit anzunehmen; utilitas und aequitas können beschränkend eingreifen; aber es ist ein Unterschied, von welchem Grundsatze legislativ und theoretisch ausgegangen wird. Nur auf Einen entscheidenden Punkt soll hier aufmerksam gemacht werden. Geht man von dem Prinzip der Perpetuität aus, so wird jede Zeitschranke als eine Art Expropriation, mithin als Anomalie, oder richtiger als ein jus singulare (contra tenorem juris) erscheinen; diese Anomalie wird gerechtfertigt durch das Interesse der Menschheit, daß die ausgebreiteten und zu einer gemeinsamen Angelegenheit gemachten Geisteswerke nicht in späterer Zeit dem Publikum vorenthalten werden; so lange nun aber diese Vorenthaltung nicht stattfindet, d. h. so lange noch Exemplare verkäuflich und die Rechtsnachfolger für Herstellung und Vertrieb der erforderlichen Exemplare — und zwar in einer den Bedürfnissen der Generation entsprechenden Weise — besorgt sind, würde die Intervention andrer Unternehmer als ein Eingriff in das Urheberrecht gelten müssen; m. a. W. durch Nichtausübung des Urheberrechts geht dasselbe verloren. Dies ist die einzige prinzipmäßige Schranke; jede andere dürfte mehr oder weniger willkürlich und transitorisch, oder nur auf einzelne Arten von Werken anwendbar seyn. Vergl. hierzu noch Ortloff in Gerber's Jahrbb. V. S. 342 ff.

Neuere Literatur: Jolly die Lehre vom Nachdruck nach den Beschlüssen des deut. Bundes dargestellt, Heidelb. 1852., Beil.-Heft zum 35. Bde. des civilist. Arch., Eisenlohr das literarisch-artistische Eigenthum und Verlagsrecht mit Rücksicht auf die Gesetzgebungen, Schwerin 1855., Schellwitz das Recht des Autors an seinen Werken, nach den Grundsätzen des Preuß. Landrechts. Berl. 1855., Volkmann die Werke der Kunst in den deut. Gesetzgebungen zum

Schutze des Urheberrechts. Mit besondrer Bezugnahme auf das K. Sächs. Recht. Münch. 1856., Harum Die gegenwärtige österr. Preßgesetzgebung, Systematische Darstellung und Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über das Autorrecht und die Preßpolizeigesetzgebung mit einer einleitenden Abhandlung über das Autorrecht im Allgemeinen. Wien 1857., Friedländer der einheimische und ausländische Rechtsschutz gegen Nachdruck und Nachbildung. Rechtswissenschaftliche und für den practischen Gebrauch bestimmte Darstellung der heutigen Gesetzgebung und des internationalen Rechts zum Schutz schriftstellerischer und künstlerischer Erzeugnisse. Leipz. 1857., O. Wächter Das Verlagsrecht mit Einschluß der Lehren von dem Verlagsvertrag und Nachdruck. Nach den geltenden deutschen und internationalen Rechten systematisch dargestellt; in zwei Hälften Stuttg. 1857. 1858., Kühns Der Rechtsschutz an Werken der bildenden Künste. Eine Denkschrift. Berlin 1861., Schürmann Der Rechtsschutz gegen Uebersetzungen in den internationalen Verträgen zum Schutze des literarischen Urheberrechts. Leipz. 1860.

Quellensammlungen: Schletter Handbuch der deutschen Preßgesetzgebung; Sammlung der gesetzlichen Bestimmungen über das literarische Eigenthum und die Presse in allen deutschen Bundesstaaten nebst geschichtlicher Einleitung. Leipz. 1846., Eisenlohr Sammlung der Gesetze und internationalen Verträge zum Schutz des literarisch-artistischen Eigenthums in Deutschland, Frankreich und England. Heidelb. 1856., Volkmann Zusammenstellung der gesetzlichen Bestimmungen über das Urheber- und Verlagsrecht. Aus den Bundesbeschlüssen, den deutschen Territorialgesetzgebungen und den französ. und englischen Gesetzen im Auftrag des Börsenvereins der deutschen Buchhändler bearbeitet. Leipz. 1855., Kaiser Die Preußische Gesetzgebung in Bezug auf Urheberrecht, Buchhandel und Presse. Zusammenstellung aller auf diesen Gebieten zur Zeit giltigen Gesetze und Verordnungen nebst gerichtlichen Entscheid., Anmerkungen und Erläuterungen. Berlin 1862.

Gutachten: Heidemann Sammlung der Gutachten des K. Preuß. literarischen Sachverständigen-Vereins. Berl. 1848., Heydemann und Dambach Die Preußische Nachdrucksgesetzgebung erläutert durch die Praxis des K. literarischen Sachverständigen-Vereins. Berlin 1863.

Bei der verhältnißmäßigen Neuheit dieses ganzen Gebietes und der Unsicherheit seiner theoretischen Grundlage ist die Zahl der strei-

tigen Punkte noch eine sehr große; folgende Fragen sind hervorzuheben:

1) In welcher Hinsicht genießt das Urheberrecht des Schutzes im positiven Recht?
2) Welche anderen Personen, die nicht Urheber sind, haben auf denselben Schutz Anspruch?
3) Auf welche Gegenstände erstreckt sich der Schutz des Urhebers?
4) Sind Briefe und Erzeugnisse der Tagespresse gegen Nachdruck geschützt?
5) Inwieweit sind Auszüge, Bearbeitungen, Commentare und Sammelwerke geschützt?
6) Sind Ausgaben von Inschriften, Urkunden, Handschriften geschützt?
7) Sind Titel von Zeitschriften geschützt?
8) Sind Uebersetzungen geschützt?
8a) Hat der Urheber der Kopie eines Kunstwerks Anspruch auf Schutz gegen Nachbildung?
9) Sind Urheberrechte übertragbar?
10) Gibt es ein getheiltes Eigenthum oder Verlagsrecht an Werken?
11) Gibt es ein Miteigenthum an Werken?
12) Schließt der Erwerb des Eigenthums eines Kunstwerks oder einer Handschrift an und für sich die Erlangung des Rechts der mechanischen Vervielfältigung und Vertreibung ein?
13) Verliert der Urheber sein Schutzrecht durch Aufstellung des Kunstwerks auf öffentlichen Plätzen oder Straßen oder durch öffentliche Anbringung an Gebäuden?
14) Behält der Künstler, welcher auf Bestellung ein Werk anfertigt, sein Urheberrecht?
15) Wie unterscheidet sich der Nachdruck vom Plagiat und worin besteht das allgemeine Kriterium des Nachdrucks nach positivem Recht (Compilation)?
16) Sind Chrestomathien, Anthologien oder Sammelwerke zulässig?
17) Sind Uebersetzungen zulässig?
18) Ist es statthaft, Nachbildungen fremder artistischer oder chartographischer Werke einer eignen wissenschaftlichen Arbeit einzuverleiben?

19) Ist die Benutzung eines Themas oder einer Tondichtung zu Variationen, Phantasien, Etüden oder sonstigen Tonstücken statthaft?
20) Dürfen Kunstwerke in eine andere Kunstform behufs der Vervielfältigung übertragen, insbesondere Zeichnungen und Gemälde mittels Kupferstich, Stahlstich, Holzschnitt, Steindruck oder Farbendruck, ferner durch Lichtbilder oder andere graphische und chemische Uebertragungen nachgebildet und vervielfältigt werden?
21) Dürfen Skulpturen oder Modelle durch Abguß, Abformung, Galvanoplastik oder ähnliche Mittel vervielfältigt werden?
22) Ist das Copiren von Gemälden, Cartons und andren Zeichnungen, sowie das plastische Nachbilden von Skulpturen im Einzelnen zulässig?
23) In welchem Umfange steht dem Verletzten ein civilrechtlicher Schadenanspruch wegen Nachdrucks oder Nachbildung zu, und binnen welcher Frist ist derselbe geltend zu machen?
24) Gegen welche Personen steht der Anspruch auf Schadenersatz zu?

Zu 1) Das Recht des Urhebers begreift an und für sich die vollkommne Willensherrschaft über das Werk, also die Macht, dessen rechtliches Schicksal zu bestimmen, ist mithin ein Recht, welches sich ebensowenig, wie das Eigenthumsrecht an Sachen, durch Aufzählung einer Reihe von einzelnen Verfügungsmöglichkeiten karakterisiren und erschöpfen läßt. Im positiven Recht aber erscheint das Recht des Urhebers insofern eingeschränkt, als dieser in der Ausübung seiner Herrschaft nicht schlechthin, sondern nur in Betreff der ökonomischen Seite (des vermögensrechtlichen Inhalts)*) geschützt wird; m. a. W. die Gesetze schützen den Urheber nur insofern, als sie Dritten solche Handlungen untersagen, wodurch der pekuniäre Gewinn, welchen der Urheber durch sein Werk erzielen kann, geschmälert würde. Vergl. O. Wächter, a. a. O. §. 10. Aber auch diese Bestimmung ist noch einzuschränken, denn es gibt, namentlich bei manchen Arten von Geisteswerken, sehr verschiedene Möglichkeiten vermögensrechtlicher Ausnutzung, während die Gesetze bis jetzt nur solche Eingriffe untersagen, welche als Nachdruck oder Nachbildung erscheinen oder die Gewinnaussicht des Urhe-

---

*) Ueber den besondren Fall des Abdrucks eines noch ungedruckten Werkes s. Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgebung, S. 230.

ders durch öffentliche Aufführung des dramatischen oder musikalischen Werkes beeinträchtigen.

Durch letztere Vorschrift (im Bundesbeschluß von 1841. s. oben) ist im Grundgedanken ausgesprochen, daß auch andre Eingriffe neben der Vervielfältigung und Verbreitung des Werks denkbar sind, und daß je nach den Sitten, Anschauungen und Neigungen der Zeit dem Urheber sehr verschiedene Wege der pekuniären Nutzbarmachung offen stehen, deren Gewährleistung zu den Aufgaben der Gesetzgebung gehört. Solche sind die nach der Verschiedenartigkeit der Geisteswerke verschiedenen denkbaren Formen der Zugänglichmachung für größere und beliebig viele Gesellschaftskreise: Aufführung dramatischer und musikalischer Werke, deklamatorische Vortragung und Vorlesung von Dichterwerken, Wander-Ausstellung von (plastischen) Kunstwerken, z. B. Aquarellbildern, Panoramen, Cartons u. s. w., sei es im Original oder in Copien. Die Zukunft wird immer erfinderischer werden in solchen Formen der Veröffentlichung und Ausbeutung von Geisteswerken; die Gesetzgebung aber hat sich bis jetzt auf das oben angegebene beschränkt.

Zu 2) Dem Urheber stehen vollkommen gleich (loco auctoris) solche, welche das Werk mit des Urhebers Genehmigung als ihr eignes Unternehmen vor das Publikum bringen. Bei diesem Verhältniß wird es die Regel seyn, daß der Anstoß zur Hervorbringung des Werkes von dem Verleger ausgegangen ist. Der Verleger ist hier zugleich Herausgeber (als ein vom Urheber und Verleger verschiedner Begriff!). Vergl. Volkmann Allgem. Preßzeitung 1845. No. 55. 56. Solche Personen sind der Besteller eines Werks, welcher auf seine Kosten die Ausführung einem Schriftsteller oder Künstler unter Vorschrift des Planes übertragen hat; s. Oesterr. Gesetz v. 1846. §. 1., Wächter a. a. O. §. 16. S. 186—193. und §. 20. S. 221.; ferner der Unternehmer eines zusammengesetzten, encyclopädischen, lexikalischen fortlaufenden Werkes, welches unter seinem Namen erscheint, aber durch Beiträge verschiedener Mitarbeiter gebildet wird; s. Oesterr. Ges. v. 1846. a. a. O., Wächter a. a. O. S. 194—196.; ebenso der Herausgeber eines posthumen oder eines solchen Werkes, dessen Urheber entweder gar nicht, oder nicht mit seinem wahren Namen genannt ist (eines anonymen oder pseudonymen Werkes); vergl. Harum Oesterr. Preßgesetzgebung S. 122. 123. und Wächter a. a. O. S. 198—200.

Zu 3) Zu den Gegenständen des Urheberrechts*) gehören (m. a. W.

*) Das Berliner Obertribunal hat sich (1857) dahin ausgesprochen, daß die Frage: ob ein Werk schutzberechtigt sei, von dem Richter ohne Vermittelung

es sind objektiv schutzberechtigt): 1) die literarischen Erzeugnisse, s. Bundesbeschluß v. 9. Nov. 1837. Art. 1., d. h. solche in Worte gefaßte (stylisirte) Gedankenkomplexe, welche geeignet sind, als individuelle Gestalten in den dauernden Besitz des Volksgeistes einzugehen und das Reich der öffentlichen Geistesbildung zu mehren. Zur Literatur in diesem Sinne gehören daher nicht amtliche Bekanntmachungen, durch welche die Handlungsweise der Unterthanen geregelt oder einzelne Staatsangelegenheiten verkündigt werden (Gesetze, Verordnungen, Instruktionen), s. Wächter a. a. O., §. 12. Anm. 6., §. 14. S. 143—147., Heydemann und Dambach Nachdrucksges. S. XVII. 131. 144., ebensowenig Privatankündigungen, kaufmännische Cirkuläre und andre Anzeigen, welche nur konkrete Begebenheiten von vorübergehender Bedeutung ausdrücken. Ueber Gutachten wissenschaftlichen oder technischen Inhalts s. Wächter a. a. O. S. 148. 149. Ueber gerichtliche Urtheilssprüche ebendas. S. 150.

In den dauernden Besitz können die Gedankenkomplexe nur eintreten, wenn sie in einer der Schriftfassung empfänglichen Form gebildet und ausgeprägt sind; daher kann dieser Gegenstand des Urheberrechts auch kurz als Schriftwerk bezeichnet werden. Indeß ist es unwesentlich, daß das Werk, um dessen Schutz es sich handelt, bereits schriftlich aufgezeichnet (Manuskript) oder lithographirt oder gedruckt sey; ja nicht einmal darauf kommt es an, ob es vom Urheber zur Schriftlichkeit, zum Druck, kurz für die Literatur bestimmt war, s. Wächter a. a. O. S. 115., Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzg. S. 238. Demnach genießen Predigten, Kathedervorträge, deklamirte Gelegenheitsgedichte Schutz gegen die Verbreitung durch Druck; s. Harum Oesterr. Preßgesetzgeb. S. 84. und Wächter a. a. O. S. 152. 158 ff. Dazu Bayr. Gesetz v. 1840. Art. 1., Sächs. Gesetz v. 1844. §. 2. (doch stellt dieses Gesetz in §. 1. die Voraussetzung auf, daß die Werke zum Gelderwerb benutzt werden können und hierzu wirklich bestimmt sind!?); Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgeb. S. 226 — 234. (berühmte Fall des Paulus'schen Buches, welches einen Abdruck der von Schelling im Winter 1841 — 42 in Berlin gehaltenen Vorträge über Philosophie der Offenbarung enthielt), S. 459 ff. (Abdruck nachgeschriebener Theatercouplets). Bei manchen Arten von Reden, z. B. Reden auf Landtagen, in Volksversammlungen wird zu präsumiren seyn, daß der

des Sachverständigen-Vereins entschieden werden müsse, und daß der letztere technisch nur zu prüfen habe, ob das spätere Werk als Nachdruck anzusehen sey. S. Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgeb. S. XVI. Anm. 1.

Urheber sie dem communis usus überläßt (derelinquirt!), doch wäre ein Vorbehalt hier unter Umständen denkbar. Wächter S. 152. hält einen solchen Vorbehalt für überflüssig, während Bluntschli deut. Privatr. §. 48. No. 2. öffentliche Reden, wenigstens die von Mitgliedern eines gesetzgebenden Körpers und von Anwälten vor Gericht gehaltenen, schlechterdings für res communes erklärt.

Zur „Literatur" werden Werke in Prosa und Poesie gerechnet, Werke jeden Karakters: gelehrte und populäre, kleinere und größere Schriften (Abhandlungen, Aufsätze, Flugschriften, Lehr- und Handbücher), Monographien und Encyclopädien, Lieder, Epopöen, Dramen, Travestien und Satiren, Romanzen und Lehrgedichte, Romane und Novellen genießen den Schutz gegen Nachdruck. Auf den wissenschaftlichen oder poetischen Werth kommt dabei nichts an. Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgeb. S. XVI. sagen: „Von diesem Gesichtspunkte aus gebührt in der Praxis den Kochbüchern, Fibeln, Geschäftsannoncen (?), Theater- und anderen Kalendern, Reisespielen (?), Schneiderlehrbüchern, gewissen Formularen (nicht: Schreibebüchern, Klagschemata, Contobüchern; S. 200—214. 221.), Wegweisern, Wohnungsanzeigern, Rang- und Quartierlisten, berechneten Tarifen, statistischen Werken (S. 73—122. 135. 208. 218. 263. 411 ff.) derselbe Schutz gegen Nachdruck, wie den eigentlich wissenschaftlichen Werken. Ebenso wird die Kritik und die Recension vorhandener Texte auf Schutz Anspruch machen können, wenn die dabei entwickelte geistige Thätigkeit als eine schöpferische und autorgleiche sich darstellt (S. 85. 214. 346)." — Solche Aufzeichnungen, wie die von den Gebr. Grimm bewerkstelligten Sammlungen der deutschen Volks- und Hausmärchen, ferner Sagenschätze, Redaktionen inhaltreicher Gespräche (wie die zwischen Göthe und Eckermann) sind als schutzberechtigte Produkte anzusehen, indem die Sammler denselben feste sprachliche Form und literarisches Gepräge ertheilt haben.

II) die artistischen Erzeugnisse: s. Bundesbeschluß v. 1837. Art. 1., d. h. solche Gebilde der schöpferischen Phantasie, welche durch ihre sinnliche Darstellung geeignet sind, in der künstlerischen Anschauung des Volkes einen Raum als individuelle Gestalten dauernd einzunehmen. Man pflegt hier zu unterscheiden: A. Selbständige Kunstwerke im eigentlichen Sinne, und zwar a) Werke der bildenden Kunst, als Gemälde, Zeichnungen, Kupferstiche, Holzschnitte, Skulpturen; architektonische Werke selbst kommen hier selbstverständlich nicht in Betracht (s. Bluntschli deut. Privatr. §. 48. a. E.), aber wohl architektonische Entwürfe und Abbildungen, s. Wächter a. a. O. S. 140., Bayr. Ges.

v. 1840. Art. 2. Fraglich ist, ob auch industrielle Kunstsachen, d. h. solche, welche zu fabrikmäßiger Vervielfältigung bestimmt sind, z. B. Schreibzeuge, Toilettenspiegel, Leuchter, Lichtschirme, in die Kategorie der geschützten Kunstwerke gehören. Bejaht ist diese Frage im Hess. Arch. f. prakt. Rechtswiss. III. S. 378. und S. 488., desgl. von der Bonner Juristenfakultät, mit dieser Ausführung: „Das Wort: artistische — Werk der Kunst bezeichnet nicht ein Werk von wirklichem Kunstwerth, von Werth nach allgemeinen Gesetzen der Kunstlehre, sondern drückt nur aus, daß von einem Erzeugniß die Rede seyn müsse, was seiner Natur nach in das Gebiet des ästhetischen Urtheils, in das Gebiet gehöre, was auf Anregung, Berührung, nach Umständen Befriedigung des Schönheitssinns sich bezieht, gegenüber dem, was seiner Natur nach auf nichts Andres abzielt, als das Gebrauchsbedürfniß zu befriedigen. Daß aber beide Elemente in einem und demselben Produkt zusammentreffen, hebt selbstverständlich den artistischen Charakter nicht auf." S. Hess. Arch. f. prakt. Rechtsw. VII. S. 33. Daß hierher auch daguerrotypische, photographische und andere wesentlich durch physikalisch-chemische Kräfte vermittelte Bildwerke — die nicht schon als Darstellungen eines an sich schutzberechtigten Originals geschützt sind — zu rechnen seyen, wird bestritten, da jene Art der Bilderaufnahme nicht in die Sphäre der eigentlichen Kunstübung, d. h. schöpferischer Conception oder freier Thätigkeit fällt, und die eigne geistige Zuthat des Aufnehmenden von so untergeordneter Bedeutung ist, daß das Bild nicht eigentlich als Schöpfung des Aufnehmenden gelten kann. S. Harum Oesterr. Preßges. S. 100., Wächter a. a. O. S. 165., Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgebung (1863) S. 257.*)

*) In einem lehrreichen Aufsatze in der deutschen Vierteljahrschrift, April 1863. 2. Abtheilg. S. 199. wird jedoch gut bemerkt: „Eine artistische Darstellung hat ihre Wesenheit nicht ausschließlich in dem, was dargestellt ist, sondern auch in der selbstthätigen künstlerischen Handhabung und Benützung der Mittel, womit und wie es dargestellt wird. In dieser Richtung steht der Photographie ein Feld offen, wie keiner andern Kunst, ein Gebiet, in welchem sie geschützt werden muß, wenn sie es tüchtig und gediegen bearbeiten soll. Die gesammte lebendige und todte Natur ist ihr geöffnet, mag es sich um Aufnahme von Laudschaften, des Himmels, der Gestirne, der Menschen, Thiere, Naturerscheinungen, Pflanzen, geologischen und anatomischen Gebilde (wir erinnern an die photographischen Aufnahmen chirurgischer Operationen) handeln; sie ist im Stande, die Werke jeglicher, sei es Schiffs-, Maschinen- oder sonstiger Baukunst wieder zu geben. Schon aus diesen Andeutungen erhellt, wie sehr die Photographie in ihren von künstlerischer Bildung geleiteten Originalaufnahmen gegen die nur technisch hergestellten photographischen Nachbildungen

— b) Werke der Tonkunst (Musikstücke) als Symphonien, Sonaten, Oratorien, Opern, Lieder, Ouvertüren, Gesang- und Klavierschulen u. s. w. Auf die Länge der Composition kommt an und für sich nichts an.

B. Solche Abbildungen, welche ihren Zweck nicht in sich selbst und ihrer freien Wirkung auf die Phantasie haben, sondern im Dienste einer wissenschaftlichen Darstellung stehen oder als bildlicher Ausdruck wissenschaftlicher Resultate und Methoden dienen, z. B. Kartenwerke, zur Erläuterung eines Textes dienende Landschaftsbilder, Thierdarstellungen, geographische, Stadtpläne und andere, topographische, anatomische und andere naturwissenschaftliche, astronomische, heraldische Zeichnungen und Abbildungen, Modellircartons u. s. w.; s. Oesterr. Ges. v. 1846. §. 4., Preuß. Ges. v. 1837. §. 18., Wächter a. a. O. S. 173., Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgeb. S. XIX. und 464—516.

III) Die Fabrikmuster anlangend, so sind sie gleich den eigentlichen Kunstwerken als Schöpfungen individueller Art anzusehen, und das Recht ihres Gebrauchs bei der Herstellung gemusterter Stoffe enthält einen Vermögenswerth. Das Bedürfniß eines Rechtsschutzes in Betreff derselben liegt daher nahe in einer Zeit, wo auf die Erfindung neuer und eigenthümlicher Muster immer größerer Werth gelegt wird, indeß findet sich das Bedürfniß bis jetzt nur in einzelnen Partikularrechten befriedigt; eine gemeinrechtliche Basis fehlt. Stuve Das industr. Eigenthum und die Nachbildung (1843), S. 112., Wächter a. a. O. S. 137.

IV) Technische Erfindungen, neue Constructionen im Maschinenwesen können gleichfalls in diesen Zusammenhang gestellt werden, denn ist einmal die struktive Idee gefunden und in einem Exemplar (Maschine) ausgeführt, so gewährt die Möglichkeit der verhältnißmäßig leichten Vervielfältigung Vermögensvortheile, welche dem Erfinder (durch Patent) zu sichern sind. Indeß fehlt es auch hier bis jetzt an einer gemeinrechtlichen Basis. Wenn Wächter

---

einer z. B. in Kupfer gestochenen, oder lithographirten, oder photographirten Kopie verschieden ist. Eine gediegene Originalaufnahme erfordert ein künstlerisches Verständniß, ein richtiges Urtheil und feinen Takt bei Aufstellung des Apparates; sie erfordert bei menschlichen Figuren und Portraits eine künstlerische Anordnung der Stellung, Gruppirung, Drapirung und dergl., bei plastischen Kunstwerken ein Beherrschen der eigenthümlichsten Beleuchtungseffekte; bei Aufnahme von nicht direkt photographirbaren Gegenständen (z. B. alten Gemälden) eine künstlerische Nachhilfe der zeichnenden Künste." — Ueber photographische Portraits vergl. unten die Anm. zu Fr. 4.

a. a. O. S. 143. behauptet, daß ein solcher Erfinder nicht Autor, und seine Erfindung nicht eine Schöpfung sey, so kann ihm nicht beigestimmt werden, denn die Idee, welche dem Erfinder ihr Daseyn verdankt, ist nicht in dem allgemeinen Zwecke der Maschine, sondern in der individuellen Construction der Maschine zu suchen; eine andere Construction ist ebenso gut ein andres (technisches) Werk, wie eine andre Composition ein andres (musikalisches) Werk ist.

Zu 4) Briefe und Erzeugnisse der Tagespresse haben das mit einander gemein, daß sie in der Regel Ausdruck eines augenblicklichen Bedürfnisses und nicht auf einen dauernden Bestand ihres Inhalts berechnet sind; insofern scheinen sie nicht in das Gebiet der „Literatur" in dem oben (zu Fr. 3.) angegebenen eigentlichen Sinn zu fallen. Was zunächst Briefe anlangt, so werden hier nur solche Mittheilungen gemeint, welche auf wirklichen persönlichen Verkehr gerichtet sind; denn daß literarische Werke, welche nur redaktionell in Briefform gekleidet sind (fingirte Briefe), und s. g. offene Briefe oder Sendschreiben, nämlich Manifeste, welche mit einer Adresse an irgend eine öffentliche Person oder an einen ganzen Gesellschaftskreis betitelt sind, zu den literarischen Werken gehören, kann nicht bezweifelt werden; s. Wächter a. a. O. S. 154. 155. Die Gesetzgebung spricht sich über Briefe nicht aus, vergl. Harum die gegenwärtige österr. Preßgesetzg. S. 95.; daher ist die aufgestellte Frage nach allgemeinen Kriterien zu entscheiden. Danach muß ein Brief, welcher einen literarischen Werth in sich trägt, als Objekt des Urheberrechts gelten; s. Wächter a. a. O. S. 155. gegen Jolly Lehre vom Nachdruck S. 121. Dieser Werth des Briefes aber entscheidet sich nicht bloß nach der Bedeutung seines stofflichen Inhalts, welcher z. B. in Resultaten geschichtlicher oder experimenteller Forschung bestehen kann, sondern auch nach dem Interesse, welches vielleicht für den Urheber als eine bekannte und geschätzte Persönlichkeit im Publikum besteht; ist nur letzteres der Fall, so wird freilich selten der einzelne Brief ein dauerndes Interesse erregen, sondern nur eine Folge von Briefen (Correspondenz), welche im Stande ist, ein literärgeschichtliches Karakterbild zu gewähren, kann Anspruch auf literärische Dauerhaftigkeit und Schutz gegen Nachdruck machen. Vergl. Heydemann und Dambach Preuß. Nachdrucksgesetzgeb. S. 238.*)

*) Wie verhält es sich aber mit Briefen ohne literarische Qualität und als einzelnen Existenzen? Ist der Urheber derselben (Briefsteller) schutzlos gegenüber fremder Indiskretion? Diese Frage ist in dem schon citirten Aufsatze in der deut. Vierteljahrsschrift April 1863. 2. Abtheil. S. 173—203.

Unter Erzeugnissen der Tagespresse werden solche Artikel verstanden, welche die Kunde des Publikums von den vorübergehenden Zeitbewegungen und Vorfällen des Tages vermitteln. Mit Recht unterscheiden hier Harum a. a. O. S. 81. und Wächter a. a. O. S. 174. zunächst zwischen Artikeln, welche sich auf einfache Referate von Thatsachen beschränken, und solchen, welche wesentlich Hervorbringungen eines schöpferisch denkenden Geistes sind, z. B. Kritiken, Leitartikel; nur letztere können als Gegenstände des Urheberrechts in Frage kommen. Mit Recht aber tadelt Wächter a. a. O. S. 175. das Bayer. Gesetz v. 15. April 1840. Art. II.

---

behandelt und durch Verbindung mit der Frage, ob und inwiefern photographische Portraits einen Rechtsschutz verdienen, in ein überraschendes Licht gesetzt worden. Es wird mit Recht hervorgehoben, daß es sich bei jenen Briefen und Portraits nicht um „Werke" im eminenten (literarischen, künstlerischen) Sinne handle, während doch bei beiden der Gerechtigkeitssinn einen Schutz des Briefstellers und der portraitirten Person gegen indiskrete Spekulationen fordere. Wie der Briefsteller in einem Briefe ein Stück seines persönlichen Wesens und Lebens objektivirt, so auch die Person, welche sich photographisch portraitiren läßt, indem sie sich behufs bildlicher Objektivirung mit ihrer sinnlichen Erscheinung darstellt und dem Photographen hingibt. Der Adressat ist Eigenthümer des empfangnen körperlichen Briefs, der Photograph ebenso Eigenthümer der das Bild aufnehmenden Platte; allein dem Briefsteller und dem Portraitirten muß die rechtliche Herrschaft über den Brief und das Portrait im geistigen Sinne gewahrt werden. In jenem anonymen Aufsatze wird hierüber gesagt (S. 188): „Wie durch Veröffentlichung eines Briefs, so kann durch das Feilbieten eines photographischen Bildnisses unter Umständen eine empfindliche Indiskretion verübt werden. In einer kleinen Universitätsstadt ließ sich eine Anzahl junger Mädchen photographiren und verwendete die bestellten Abdrücke zu gegenseitigen Geschenken. Der Photograph wußte sich seines Vortheils zu bedienen, stellte die bekannten Schönheiten zum Verkauf aus und fand bei den Studenten starken Absatz." S. 198: „Allerdings sind es ganz andere Motive, welche den Besteller einer Photographie bestimmen, als diejenigen, von welchen der Verleger oder Kunsthändler ausgeht. Allein um deßwillen kann ihm doch die Berechtigung selbst nicht versagt werden. . . Es verhält sich in dieser Beziehung mit Photographien ganz ähnlich, wie mit Briefen. Wie derjenige, welcher eine Photographie veranlaßt oder bestellt, zugleich über deren Vervielfältigung die Verfügung haben soll, so der Urheber eines Briefs über dessen Abdruck, wenn gleich der Eine wie der Andere damit kein Geschäft machen, sondern nur einer indiskreten Spekulation entgegentreten will. Es ist dies eine negative Seite des Gesetzes, welche allerdings nicht seinen nächstliegenden Zweck, aber eine beiläufige und wohlthätige Folge bildet. Diese Momente gehören streng genommen nicht in ein Gesetz über Verlagsrecht. Und doch lassen sie sich an keiner Stelle eher berücksichtigen und unterbringen, als bei den Normen über das Autorrecht." —

No. 4., welches schlechthin „die Nachrichten, Auszüge, Aufsätze und Abhandlungen, welche in öffentlichen Blättern erscheinen", vom Rechtsschutz ausschließt. v. Witzleben i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XIV. S. 1 ff. fordert Gleichstellung der Tagespresse mit den nichtperiodischen Erzeugnissen der Literatur, behauptet auch die positive Begründung des Rechtsschutzes der ersteren, weil außer dem Bayerischen und Oesterreichischen Gesetz kein Partikularrecht die Tagespresse unter den Ausnahmen (vom Rechtsschutz) aufzählt, und knüpft an eine solche Sicherstellung die Hoffnung auf eine bedeutende Hebung der deutschen Presse überhaupt. Heydemann und Dambach Preuß. Nachdrucksgesetzgeb. S. XVIII. sagen: „Bei Journal- und Zeitungsartikeln (S. 173 — 200) ist die s. g. Usanze ziemlich milde und locker in der Connivenz der gegenseitigen Entlehnung und Ausbeutung. Bei kurzen Erzählungen einfacher Thatsachen, ja selbst bei Referaten über öffentliche Gerichts- und ähnliche Verhandlungen läßt sich auch kaum von einer literarischen und produktiven Thätigkeit sprechen." Anders verhalte es sich mit in sich geschlossenen Aufsätzen. — Eine andere Unterscheidung ergibt sich durch die Eigenthümlichkeit und Kostspieligkeit des Weges, auf welchem die Korrespondenzartikel der Zeitung zugeführt werden, indem von den gewöhnlichen Artikeln die telegraphischen Depeschen unterschieden werden, welche, obschon in der Regel kurz und nur Thatsachen enthaltend, doch heutzutage eine gesuchte und den Werth der Zeitung beträchtlich erhöhende Lektüre bilden und demnach den auf solche Weise ausgestatteten Zeitungen einen größeren Absatz vor denen voraus gewähren, welche ohne Telegramme erscheinen. Demnach ist ein rasches und fortgesetztes Nachdrucken telegraphischer Depeschen allerdings nicht ohne Nachtheil für diejenige Zeitung, welche die Kosten des Telegraphirens trägt, ohne nun die erwarteten Vortheile der Ausschließlichkeit zu haben. Dieser Umstand allein ist jedoch nicht geeignet, einen Rechtsschutz zu begründen, wenn nicht das Telegramm schon durch seinen Inhalt sich als ein literarisches Werk qualifizirt, s. Harum Oesterr. Preßgesetzg. S. 81. Es ist daher mit Wächter a. a. O. S. 179. zu wünschen, daß durch das positive Recht hier nachgeholfen, d. h. ein Recht der Ausschließlichkeit für einen gewissen kurzen Zeitraum ausgesprochen werde. Ueber die Erklärung, welche am 20. November 1856 von der Preußischen Regierung am deutschen Bundestage gegen die Ertheilung eines allgemeinen Schutzes telegraphischer Originaldepeschen abgegeben wurde, s. Wächter a. a. O. S. 542. — Diese ganze Frage über Erzeugnisse der Tagespresse hat übrigens nur insofern

praktische Bedeutung, als es sich um Abdruck der Artikel aus Zeitungen in Zeitungen handelt, denn nur insofern Concurrenzunternehmungen der Presse den Nachdruck begehen, kann ein Vermögensinteresse stattfinden.

Zu 5) Auszüge, Dramatisirungen, Versifikationen fremder literarischer Werke, insofern diese dadurch zu neuen literarischen Produkten werden und als „selbständige Neuschöpfungen" gelten müssen, sind dem Bearbeiter zu sichern; Friedländer Rechtsschutz gegen Nachdruck, S. 30., Wächter a. a. O. S. 126. Dasselbe gilt von Commentaren und Erläuterungen fremder Werke, insoweit sie von dem Herausgeber herrühren, also selbstverständlich nicht von dem einverleibten Texte der commentirten oder erläuterten Werke, Wächter a. a. O. S. 129. Sammelwerke, welche aus fremden Bestandtheilen oder aus solchen Stücken, welche für sich keine literarische Qualität haben, z. B. aus Sprüchwörtern, Sentenzen, zusammengesetzt sind, erscheinen in ihrer Totalität, aber nicht in ihren einzelnen Bestandtheilen, als Hervorbringungen des Sammlers, welchem der Gedanke ihrer Zusammenstellung gehört. Wächter a. a. O. S. 131. scheint anzunehmen, daß der Sammler nur dann Rechtsschutz habe, wenn die Zusammenstellung nach besondren Gesichtspunkten geordnet sei; indeß liegt in jeder Sammlung ein schöpferischer Gedanke, und die negative Thätigkeit der Sichtung und Auswahl, welche oft eine Hauptseite des Sammlens bildet, muß mit in Rechnung gezogen werden. — In Betreff der Kirchenlieder und Litaneien bemerken Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgeb. S. XVIII., daß, sofern dieselben auf eine selbständige und eigenthümliche Weise angeordnet und zusammengestellt sind, einer derartigen Compilation Schutz gebühre; dazu vergl. S. 163. Ueber Katechismen s. ebendas. S. 171. 260.

Analog der Dramatisirung eines fremden Werkes sind auch solche artistische Nachbildungen zu schützen, welche durch ein andres als das beim Original angewandte Kunstverfahren angefertigt sind.

Zu 6) Einzelne Inschriften können nicht als literarische Werke gelten, dagegen wohl Sammlungen solcher; deren Herausgeber ist geschützt gegen Nachdrucke, welche den Text in derselben Redaktion bringen. Wächter a. a. O. S. 153. Anm. 54. und S. 197. Anm. 32.

Zu 7) Daß Titel für sich im Allgemeinen nicht als literarische Werke angesehen werden können, ist unzweifelhaft; Harum Oesterr. Preßgesetzg. S. 201., Wächter a. a. O. S. 170. Nichts desto weniger haben die Titel von Zeitungen und Zeitschriften (Archiven, Jahrbüchern, Journalen, Wochenblättern) eine eminente Bedeutung für das Unternehmen; das Publikum gewöhnt sich an den Titel und

verbindet mit demselben gewisse Erwartungen in Betreff der künftigen Leistungen; tritt ein ähnliches Unternehmen mit demselben Titel daneben, so wird dieses einen Theil der Kundschaft wegfangen. Der Titel eines chronischen Preßunternehmens hat daher eine ähnliche Bedeutung für den Betrieb, wie die Firma eines Handlungshauses für dessen Celebrität und Kundschaft. Sonach dürfte eine legislative Berücksichtigung dieser Frage empfehlenswerth seyn; aus der bisherigen positiven Gesetzgebung läßt sich kein Rechtsschutz herleiten. — In diesem Sinne hat sich i. J. 1862. der literarische Sachverständigen-Verein zu Leipzig ausgesprochen. Dagegen hat der Berliner Sachverständigen-Verein sich dahin erklärt, daß die Benutzung eines früheren Büchertitels unter Umständen, z. B. wenn sie mit der Nachbildung der ganzen Gestalt des Buches verbunden ist, strafbarer Nachdruck sei: s. Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgeb. S. 316. Noch absoluter hat sich das Mannheimer Oberhofgericht, unter Berufung auf die französische Praxis (Dalloz Repertoire Tom. 38. s. v. Propriété littéraire No. 108. sq., Sirey Recueil 1832. II. p. 176. 1834. II. p. 258.), auf Art. 20. 27. des A. D. H.-G.-B. über Firmen und auf das Badische Landr. über Fabrikzeichen, für den Schutz eines Zeitungstitels ausgesprochen, denn die Herausgabe einer Zeitung erscheine als ein gewerbliches Unternehmen, durch welches der Titel der Zeitung eine vermögensrechtliche Bedeutung gewinne; der verbreitete Gebrauch, das „Eigenthum eines Blattes", worunter lediglich die Befugniß zur Herausgabe eines mit einem bestimmten Titel versehenen Blattes verstanden wird, zum Gegenstand des Verkehrs zu machen, dasselbe z. B. zu verkaufen, widerspreche durchaus einer Anschauung, welcher zufolge jenes „Eigenthum" jeder Sicherstellung gegen Eingriffe entbehrte; die Natur der Sache nöthige also den Herausgeber zu schützen; Seuffert's Archiv XV. No. 43.

Zu 8) Uebersetzungen, durch welche ein literarisches Werk in eine andere Sprache übertragen wird, müssen als neue literarische Erzeugnisse angesehen werden, denn wenn auch hinsichtlich des Inhalts völlige Uebereinstimmung mit dem Originalwerke besteht (oder bezweckt wird), so wird doch durch den specifischen Geist der Sprache die Gedankenform so wesentlich beeinflußt, daß die Uebersetzung als ein Werk des Uebersetzers erscheint und — wofern sie nur an sich nicht durch das positive Recht verboten ist — ihm der literarische Rechtsschutz nicht vorenthalten werden darf. Selbstverständlich ist mit diesem Rechtsschutz nicht ein Verbot andrer Uebersetzungen, welche freie und individuelle Hervorbringungen eines zweiten, dritten Uebersetzers sind, gegeben. Vergl. Wächter a. a. O. S. 168.

Zu 8a) Der Kupferstecher, Stahlstecher, Holzschneider u. s. w. und der Abbildner einer Statue oder eines anderen Werks der plastischen Kunst schafft zwar kein Originalkunstwerk, allein das Abbild, welches er zu dem Zwecke anfertigt, um mittels dieser Vorrichtung die Vervielfältigung auf mechanischem Wege hervorbringen zu können, ist gleichfalls ein künstlerisches Werk und berechtigt schon deßhalb zum Schutze gegen unbefugte Vervielfältigung. Dies ist in verschiedenen Partikularrechten, so in Oesterreich, Preußen (Ges. v. 11. Juni 1837. §. 29.), Braunschweig ausdrücklich, in anderen wenigstens der Sache nach, so in Bayern, Würtemberg, Kön. Sachsen anerkannt. Denn diese letzteren Partikularrechte haben in Uebereinstimmung mit dem Bundesbeschlusse v. 9. Nov. 1837. das ausschließliche Vervielfältigungsrecht des Urhebers als Grundprinzip und allgemeine Regel festgestellt, so daß eine Abweichung davon nur in den von den Gesetzen ausdrücklich genannten Fällen statthaft ist, wozu die Copien nicht gehören. In Uebereinstimmung hiermit hat sich Wächter, gegenüber Jolly Lehre vom Nachdruck (1852) §. 13., welcher dem Urheber einer Copie keinen Schutz gewährt wissen will, dahin ausgesprochen (S. 122): Bei der Frage, ob eine an sich befugte Copie Gegenstand eines eignen Verlagsrechts sey, komme es lediglich darauf an, ob sie zugleich eine geistige Hervorbringung dessen, welcher sie anfertigte, ob sie in Auffassung, Composition, Darstellung oder Ausführung aus seinem Geist hervorgegangen sey. Insoweit nämlich irgend die Hervorbringung reiche, würde daran das Recht des Hervorbringenden geschützt, und in dieser Hinsicht habe der Copist ein Recht, seine Copie ausschließend zu nutzen, der Kupferstecher ein Recht, die mechanische Vervielfältigung seines Erzeugnisses, nämlich des Kupferstichs, ausschließend zu veranstalten. In demselben Sinne, und zwar gegenüber einem der Jolly'schen Ansicht beitretenden Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden (Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XIV. S. 75.), haben sich ausgesprochen Volkmann Die Werke der Kunst in den deutschen Gesetzgebungen zum Schutze des Urheberrechts (München 1856) und Krug i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. Bd. XIX. S. 308 – 320. Vergl. Seuffert's Archiv IX. No. 72.

Zu 9) Das Urheberrecht ist, insoweit es vermögensrechtlicher Art ist, vererblich und veräußerlich, s. Bundesbeschluß v. 9. Nov. 1837. Art. 2. Es kann vom Urheber ganz oder theilweise auf Andre übertragen werden, s. Oesterr. Gesetz v. 19. Oct. 1846. §. 2., Preuß. Gesetz v. 11. Juni 1837. §. 9. Das literarisch-artistische Eigenthumsrecht hat bei dem Rechtsnachfolger denselben Inhalt wie bei dem Ur-

heber, allein während es für die Person des letzteren unverlierbar ist, ist es für den Erben oder Vermächtnißnehmer des Urhebers zeitlich beschränkt durch die 30jährige vom Tode des Urhebers an zu berechnende Schutzfrist. Diese Frist gilt ebenso für den, welcher das Verlagsrecht vom Urheber inter vivos erworben hat. Wächter a. a. O. §. 38. S. 428 ff.

Die Uebertragung, welche der Urheber (oder Erbe, Vermächtnißnehmer) durch Vertrag vornimmt, kann entweder eine völlige Veräußerung oder aber eine Hingabe zum Verlag (welche von v. Gerber in seinen Jahrbb. III. S. 382., gemäß seiner Theorie, gar nicht als Veräußerung aufgefaßt wird) seyn. Im ersteren Falle kann der Erwerber mit dem Werke nach seinem Belieben schalten, das Werk gar nicht oder mit Textveränderung herausgeben; vergl. Wächter a. a. O. S. 222. Im anderen Falle gesellt sich zu dem Recht der Veröffentlichung eine Verbindlichkeit dazu, und insofern der Verleger den Bestand des Werkes unversehrt lassen muß, erscheint er in seiner Macht über das Werk beschränkt (s. Beseler System, III. §. 228. S. 341.): es ist ihm nicht das volle Autorrecht (das „Eigenthum"), sondern nur das Recht der Vermögensnutzung im Wege des Vertriebs des vervielfältigten Werks gewährt.

Das Recht dieser Vermögensnutzung ist entweder dem Verleger ausschließlich zutheil geworden, so daß er keine Concurrenz, auch nicht die des Autors selbst, zu dulden braucht, oder der Autor hat sich Vorbehalte in dieser Hinsicht gemacht. Ferner kann der Autor entweder das volle Verlagsrecht übertragen, d. h. das Recht beliebiger Wiederholung der Auflagen (mit und ohne Commentare, im Einzelnen oder mit Zusammenfassung in Sammlungen), oder dem Verleger nur das Recht einer einmaligen Ausgabe (d. h. einer beschränkten und dem Publikum auf ein Mal zugebote zu stellenden Anzahl von Exemplaren), bezieh. einer beschränkten Anzahl von Auflagen gewähren; s. Wächter, S. 258. Im Zweifel gilt nur das Recht Einer Auflage als übertragen; s. Beseler System III. §. 228., Walter System §. 321., Bluntschli deut. Privatr. §. 49. No. 9. und v. Gerber System, §. 200. Anm. 4. Daß in dieser Weise der allgemeine Brauch sich entschieden hat, nimmt Wächter a. a. O. S. 262. mit Recht an, trotzdem daß einzelne Partikularrechte hierüber theilweise abweichende Bestimmungen haben, z. B. das Preußische Landrecht (Thl. I. Tit. 11. §. 1011 ff.) und Oesterr. bürg. Ges.=B. (§. 1164 ff.); die meisten Partikularrechte, z. B. das Bayr. Gesetz v. 1840. Art. 1., Kön. Sächs. Gesetz v. 1844. §. 4., Badische Landrecht (Bch. II. Tit. 2.

Kap. 6. §. 577.) stimmen mit dem allgemeinen Brauch überein. — Im Fall eines beschränkten Verlagsrechts begeht der Verleger Nachdruck, wenn er eine größere als die bewilligte Anzahl Exemplare vertreibt. Ueber solche Fälle eines Nachdrucks des Verlegers gegen den Autor vergl. die Gutachten in Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgeb. S. 1—38.*)

Zu 10) Ja; in dem Sinne, daß das Verlagsrecht (besonders an Musikalien) an mehrere Verleger, und zwar an jeden für einen gewissen Länderbezirk, abgetreten wird. Solchenfalls hat jeder der mehreren Verleger das Recht der Veröffentlichung, allein jeder ist in Betreff der buchhändlerischen Verbreitung beschränkt, insofern er sich allen Eingriffs in das Vertriebsgebiet der anderen Mitberechtigten enthalten muß. Ueber den Bereich der in dieser Weise vertheilten Einzelgebiete hinaus tritt selbstverständlich freie Concurrenz ein, z. B. in Nordamerika, wenn die Vertheilung auf Europa beschränkt worden ist. — Diese Theilung kann entweder vom Autor selbst oder auch vom (ursprünglichen) Verleger ausgehen (getheiltes Vertriebsrecht). Vergl. Volkmann Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. XIV. S. 110—125., welcher in Ansehung des Kön. Sächs. R. ausführt, daß das getheilte Eigenthum den Schutz gegen Nachdruck habe, und daß dem im getheilten Eigenthum stehende Verleger das volle Verbietungsrecht gegen die Ausgaben seiner Gleichberechtigten zustehe, wenn sie in sein Vaterland zum Vertrieb eingeschleppt werden. Dazu Wächter a. a. O. S. 397. 621—623.

Zu 11) Geistiges Miteigenthum entsteht entweder durch gemeinsame Succession in ein Urheberrecht, z. B. durch Erbfolge (s. Wächter a. a. O. S. 216), oder durch Miturheberschaft. Miturheber im eigentlichen Sinn sind solche nicht, welche jeder ein besonderes Werk hervorbringen und dann über Verbindung dieser einzeln hervorgebrachten Werke in einer gemeinsamen Ausgabe einen Gesellschaftsvertrag schließen: s. Wächter a. a. O. S. 208. Im Fall der eigentlichen Miturheberschaft, welche eine Verbindung der hervorbringenden Thätigkeit selbst zur Voraussetzung hat, steht jedem Miturheber das Eigenthum zu einem ideellen Theile, im Zweifel zu einem Kopftheile zu, so daß keiner über das Ganze ohne Einwilligung der anderen bestimmen könne, und jeder in Ansehung der Ausführung des Verlags ein jus prohibitionis hat; nur darf dieses Einspruchsrecht nicht so weit

---

*) Vergl. über spezielle Fragen des Verlagsverhältnisses zwischen Autor und Verleger unten Bd. III. Besondr. Theil des Obligat.-Rechts, Kap. IX. sub i).

erstreckt werden, daß durch den Einzelnen die Veröffentlichung und Vertreibung überhaupt vereitelt würde, denn, wie Wächter a. a. O. S. 207. in theilweiser Abweichung von Harum österr. Preßgesetzg. S. 136. und Bluntschli deut. Privatr. §. 49. No. 3. mit Recht bemerkt, in der Betheiligung bei der Hervorbringung eines literarischen oder artistischen Werkes muß die Absicht gefunden werden, das fertige Werk seiner Bestimmung zuzuführen, d. h. in Verkehr zu bringen.

Zu 12) Das Werk als solches hat eine geistige Realität und ist wohl zu unterscheiden von dem Exemplar, in welchem es zur Erscheinung kommt; es versteht sich sonach von selbst, daß das Recht an dem Exemplar nicht das Recht am Werke einschließt. Dies gilt nicht bloß von solchen Exemplaren, welche auf dem Wege der mechanischen Vervielfältigung entstanden sind, sondern ebenso von dem (literarischen, artistischen) Originalexemplar, welches aus der Hand des Urhebers hervorgegangen und der erste (ursprüngliche) Ausdruck der Schöpfung ist. Doch hat ein solches Originalexemplar eine vor den übrigen (auf dem Wege mechanischer Vervielfältigung entstandenen) ausgezeichnete Bedeutung, insofern es der unmittelbare und zuerst einzige Träger der neuen geistigen Existenz ist und allein im vollsten Sinne die schöpferische Thätigkeit des Urhebers in sich faßt. Wegen dieses organischen Zusammenhangs des Originalexemplars mit dem ideellen Bestand des Werkes selbst entsteht die Frage, ob die Uebertragung und Erwerbung des Originalexemplars keine andere Bedeutung habe, als die eines auf dem Wege der mechanischen Vervielfältigung entstandenen Exemplars, und ob nicht vielmehr in jener Erwerbung zugleich die des Verlagsrechts mit enthalten sei. Mit Recht sehen Bluntschli Deut. Privatr. §. 49. No. 10. und Wächter a. a. O. S. 224 ff. diese Frage als eine Interpretationsfrage an. Leitender Gesichtspunkt ist dabei, daß, wofern das Original an sich selbst, d. h. als körperliches Individuum, keinen besonderen Werth hat, vermuthet werden muß, die Ueberlassung sei als Uebertragung des Verlagsrechts gemeint gewesen, denn es muß jedem Rechtsgeschäft ein vernünftiges und zureichendes Motiv untergelegt werden; im concreten Falle können freilich noch mancherlei Momente von Einfluß für die Entscheidung werden, z. B. die Höhe des etwa bedungnen Preises. — Im Gebiete der Kunst aber wohnt dem Originalwerke schon an sich ein Werth inne, und demnach werden hier noch positive Momente für die Annahme einer Uebertragung des Vervielfältigungsrechts gefordert werden müssen. Mit Recht bemerkt daher Meinert in seiner Schrift über „das Kön. Sächs. Gesetz v. 22. Febr. 1844." (1844) S. 20., daß

höchstens da, wo ein Künstler das Original an eine den Erwerb durch Vervielfältigung gewerblich betreibende Person veräußert, ein Verzicht auf das Vervielfältigungsrecht anzunehmen, dagegen ein solcher dann nicht anzunehmen sey, wenn ein Kunstverein ein Gemälde zur Verloosung ankauft. Nach Wächter a. a. O. S. 228. ist durch die Worte des Bundesbeschlusses v. 1837. in Art. 1. „dürfen ohne Einwilligung des Urhebers, sowie desjenigen, welchem derselbe seine Rechte an dem Original übertragen hat", eine Rechtsvermuthung dafür begründet, daß der Erwerb des Originals den des Verlagsrechts einschließe; indeß erscheint diese Annahme bedenklich, da der Bundesbeschluß sich überhaupt auf Spezialfragen nicht einläßt, da jene Worte recht wohl auch bloß die Bedeutung einer Veräußerung des geistigen Eigenthums haben können, und da sie jedenfalls eine Beschränkung erleiden müßten, die doch im Bundesbeschlusse nicht ausgedrückt ist, nämlich jene Beschränkung, welche im Oesterr. Gesetze §. 11. wirklich ausgedrückt wird: daß die Rechtsvermuthung nur bei den in einem einzigen Originalexemplar vorhandenen Werken gelten dürfe (s. Harum Oesterr. Preßgesetzg. S. 147). Nach dem Preuß. Gesetz v. 1837. §. 28. erlischt das Verlagsrecht, wenn das Original ohne ausdrücklichen Vorbehalt veräußert wird.

Zu 13) Nach Wächter a. a. O. S. 231. fällt diese Frage unter die unter No. 12. entwickelte Frage, indem die öffentliche Aufstellung als Veräußerung an Staat, Gemeinde u. s. w. aufzufassen sey. Es fragt sich aber, ob hiermit der Eigenartigkeit des Falls Gerechtigkeit widerfährt. Offenbar liegt in jener Art der allgemeinen Zugänglichmachung ein specifisches Moment: Das Standbild wird durch die Verbindung mit einem öffentlichen Orte, durch die Lokalisirung auf öffentlichem Grund und Boden, durch die Anbringung an einem öffentlichen oder offenstehenden Gebäude zu einem Theil des Platzes, der Straße, des Gebäudes und unterfällt daher derselben Behandlung, wie das Hauptstück, und wie dieses der fremden Nachbildung (durch künstlerische, photographische u. s. w. Aufnahmen) freisteht, so muß dasselbe von dem aufgestellten Kunstwerke gesagt werden. Die Billigkeit kann verlangen, daß durch positive Satzung dem Urheber oder dem Besteller das Recht gegeben werde, durch Vorbehalt sich das ausschließliche Vervielfältigungsrecht zu wahren.

Zu 14) Wenn der Künstler auf Bestellung ein Werk anfertigt, so wird er sich dabei durch den erhaltenen Auftrag leiten lassen, und selbst wenn ihm die Wahl des Themas und die Ausführung im Einzelnen völlig überlassen blieb, hat der Besteller doch einen gewissen

allgemeinen Antheil an der Entstehung des Werkes. Dadurch daß der Besteller die Initiative ergriff, hat er sich zu dem Werke in ein eigenthümlich nahes Verhältniß gesetzt, welches zu verbieten scheint, dem ausführenden Künstler ein Recht über das Werk zuzugestehen, nachdem dasselbe in der Gestalt des Originals dem Besteller überantwortet ist. Es kommt hinzu, daß bei Bestellungen häufig die Absicht unterläuft, ein Kunstwerk als Unicum zu besitzen, oder gewisse Privatinteressen im Spiele sind, welche durch fremde Vervielfältigung leicht gefährdet werden könnten. Es erscheint daher sachgemäß, anzunehmen, daß hier, wenn dem Urheber das Vervielfältigungsrecht gewahrt und dessen Uebergang auf den Besteller verhindert werden soll, der Erstere sich rechtzeitig, nämlich bei Annahme der Bestellung, einen Vorbehalt machen muß. Vergl. Wächter a. a. O. S. 226. — Das Gesagte ist auf Bestellung literarischer Werke analog anzuwenden.

Zu 15) Das Plagiat (plagium literarium) ist (ganze oder theilweise) Anmaßung eines fremden Werkes, indem dieses für ein eignes ausgegeben, unter eignem Namen veröffentlicht und dadurch gleichsam dem wirklichen Urheber entzogen, gestohlen wird. Je näher eine Schöpfung ihrem Urheber steht, gleichsam ein Stück seines persönlichen Wesens bildend, um so mehr kann der Ausdruck plagium (Menschenraub) dafür passend scheinen. Das Plagiat ist kein Nachdruck, wenn das Moment der mechanischen Vervielfältigung fehlt, welches seit dem Bundesbeschluß v. 1837. Art. 1. als Kriterium des Nachdrucks gilt, und wonach jede Benutzung und Ausbeutung fremder Ideen, welche diese nicht wesentlich in der nämlichen Form gibt, vom Gebiete des Nachdrucks ausschließt. Hat der Plagiar mit Geschick die fremden Ideen frei behandelt, so mag er wohl ein ganzes Buch von Anfang bis zu Ende ausnutzen, ohne daß er als Nachdrucker behandelt werden kann. Das Plagiat fällt aber zugleich unter den Gesichtspunkt des Nachdrucks, wofern es das fremde Werk (ganz oder theilweise) in wesentlich unveränderter Form wiedergibt; der Umstand, daß der Plagiar das Werk nicht mit des wirklichen Urhebers, sondern mit seinem eignen Namen auf dem Titel herausgibt, widerspricht nicht dem Wesen des Nachdrucks, wenn auch vielleicht der unbekannte Name des Plagiars nicht zu dem gleich hohen Absatz führt, welchen das nachgedruckte Werk finden würde, falls der vielleicht berühmte Name des Autors vorgedruckt wäre. — Vergl. Leyser Medit. ad Pand. Sp. 624. M. 16—21., Volkmann, Neue Jahrb. f. Sächs. Strafr. V. S. 218 ff., Wächter a. a. O. S. 501 ff. und S. 560.

Zu 16) Indem als das allgemeine durch das positive Recht

gegebene Kriterium des Nachdrucks die mechanische Vervielfältigung angenommen wird, tritt das Bedürfniß einer näheren Bestimmung ein. Die Fälle, wo ein literarisches Werk völlig unverändert nachgedruckt wird, gehören jetzt zu den seltneren; dagegen mehren sich die Fälle einer Wiedergabe fremder Werke mit bedeutenderen oder geringeren Veränderungen, seien es Umstellungen, Kürzungen oder Zuthaten, s. g. verhüllter und partieller Nachdruck. Heydemann und Dambach Preuß. Nachdrucksgesetzgeb. S. XXI. sagen hierüber: „Der (Berliner) Sachverständigen-Verein ist consequent davon ausgegangen, unerlaubten Nachdruck überall da anzunehmen, wo eine bloß mechanische Ausbeutung des Originals vorgenommen war, ohne daß eine selbstthätige Durchbringung und Umgestaltung des Stoffes sich zeigte. Ob in solchen Fällen die Benutzung des Originals eine buchstäbliche und wörtliche, oder ob das neuere Werk nur mosaikartig aus dem älteren zusammengesetzt war, erschien hierbei gleichgiltig (S. 40. 45. 75. 97. 111. 280. 285. 396—400.). Wesentlich wurde aber das quantitative Verhältniß des Benutzten, das Massenverhältniß der Excerpte zum Ganzen ins Auge gefaßt, da nicht schon jedes Excerpiren *) als solches, nicht jede Benutzung fremder Arbeiten verboten seyn kann (S. 299. 300. u. s. w.). Zugleich wurde auch darauf gelegentlich Rücksicht genommen, ob etwa durch die mechanische und unwissenschaftliche Ausnutzung das frühere Werk im buchhändlerischen Verkehre entbehrlich gemacht oder entwerthet, gleichsam gewerblich außer Concurrenz gesetzt worden sei, wie z. B. durch täuschende Nachahmung des Titels eines Buches (S. 292. 296. 310. 315.). Lagen aber diese Kriterien vor, so wurde der Nachdruck auch da verfolgt, wo er sich in das Gewand der Compilation hüllte." — Hiermit stimmen die Grundsätze überein, nach welchen die bisherige Praxis des Leipziger (literarischen) Sachverständigen-Vereins sich gerichtet hat; eine gewisse Strenge ist von demselben namentlich da beobachtet worden, wo lexikalische, encyclopädische und andere solche Werke, bei denen es weniger auf die ideelle Gedankenform, als die (gleichfalls eine mühsame Arbeit voraussetzende) Aufspeicherung und Anordnung realen Inhalts ankommt, z. B. Haus- und Conversationslexika, für Werke von ähnlichem Karakter und ersichtlicher Concurrenzbestimmung ausgebeutet wurden. Daß die bloße Veränderung der Wortfassung nicht unbedingt maaßgebend sei, wird auch von Wächter a. a. O. S. 546. und Bluntschli deut. Privatr. §. 50. No. 4.

*) Vergl. zu Fr. 16.

angenommen; in der Behandlung nicht wörtlicher Auszüge und Compilationen soll die französische Jurisprudenz strenger, d. h. den Benutzungen ungünstiger seyn, als die englische. Wenn wir aufstellen, daß die Ausnutzung (Ausschreibung, Ausbeutung) nicht eine solche seyn darf, wodurch das neue Werk nur als eine „wesentliche Wiedergabe des alten" erscheint: so bleibt immer noch Vieles dem Ermessen im einzelnen Falle überlassen. Der beste Maaßstab dürfte (namentlich bei gelehrten Arbeiten) durch die Prüfung zu gewinnen seyn, ob die Compilation eine solche ist, zu welcher es der Kenntniß oder Begabung eines Fachmanns bedurfte, oder aber ob dazu die allgemeine durchschnittliche Bildung ausreichte; letzternfalls wird die Ausbeutung dem Nachdruck in der Regel gleichzustellen seyn. Wichtige Momente für diese Annahme sind es, wenn die Gedankenfolge des Originalwerkes beibehalten, und wenn die selbständigen Einschaltungen trivialer und bedeutungsloser Art sind. Chrestomathien, Anthologien und andre Sammelwerke müssen als erlaubt gelten, sofern die aufgenommenen Stücke für sich einzeln nicht als literarische Werke im engern Sinne anzusehen sind — z. B. Sammlungen von Sentenzen verschiedener berühmter Leute, Blumenlesen einzelner losgerissener kurzer Sätze aus dramatischen Werken —, oder sofern der sammelnden Thätigkeit sich eine kritische oder didaktische Thätigkeit hinzugesellt hat, durch welche die aufgenommenen fremden Erzeugnisse als in ein neues und selbständiges Gedankensystem eintretend und als dessen untergeordnete Glieder erscheinen. Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzg. S. XXII. bemerken vom Preuß. Gesetz v. 1837., daß es nicht verbiete, ein früheres Werk in einem neueren zu benutzen oder Werke verwandten Inhalts zu schreiben oder Spekulationen zu machen, die einem Anderen unbequem werden könnten (dazu S. 396. 397. 454). Wächter a. a. O. §. 44. Anm. 30. sagt: „Das Veranstalten eines Sammelwerkes, welches neben seinen Originalarbeiten und in wesentlicher Verbindung mit diesen ein fremdes Werk von zehn Seiten gibt, kann danach von der Beschuldigung des Nachdrucks freigesprochen werden, wenn das Sammelwerk ein eigenthümliches Neues namentlich dadurch bildet, daß in der Art der Zusammenstellung und der Einverleibung in den Organismus eines neuen Werkes der aufgenommene fremde Bestandtheil eine wesentlich neue eigenthümliche Bedeutung erhält, so daß es dem aufgenommenen fremden Erzeugniß keine Concurrenz macht. Dagegen kann ein Compilator, welcher nur fünf fremde Seiten mit zwanzig Seiten seiner eigenen unwesentlichen Zusätze abdruckt, als des Nachdrucks schuldig

erkannt werden." Das Leipziger Handelsgericht sprach i. J. 1857 aus: „Auch ist der Umstand, daß dem Werke ein Vorwort vorgedruckt und bei den verschiedenen Dichtern eine biographisch-literarische Einleitung dem übrigen Abdruck der Gedichte vorausgeschickt worden ist, nicht geeignet, den Begriff des Nachdrucks auszuschließen." Vergl. dazu Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgeb. S. XXII. und S. 281. 285. 293. 299. 340. u. s. w.

Da nun aber die Verbindung des einzelnen aufgenommenen Werkes mit anderen solchen das Ganze zu einem von den einzelnen Theilen verschiedenen Werke macht, so kann der Nachdruck nicht ohne Weiteres als ein verbotener erscheinen, sondern nur unter der Voraussetzung, daß trotz jener Verbindung der Nachdruck als ein Eingriff in die vermögensrechtlichen Vortheile des Autors sich darstellt. Ein solcher Eingriff aber ist anzunehmen, nicht wenn es wahrscheinlich ist, daß mancher Käufer von vorn herein statt nach dem Original, nach dem Auszug oder Sammelwerk greifen wird (z. B. wenn dieses besonders billig ist), sondern auch, wenn gedacht werden kann, daß mancher, der das Sammelwerk sich angeschafft hat, dadurch sich befriedigt findet und abhalten läßt, daneben noch das benutzte Original zu kaufen. Letzteres wird der Fall seyn, wenn in eine Mustersammlung von Märchen oder Gedichten sämmtliche guten Stücke aus dem Original, seien nun deren viele oder wenige, Aufnahme gefunden haben: denn mancher wird sich mit solcher Auswahl gern begnügen, und diese Genügsamkeit beeinträchtigt den Absatz der vollen Originalsammlung. Vergl. Wächter a. a. O. S. 548.

In den meisten Partikulargesetzen, welche unsere Frage speciell berühren, wird eine maaßvolle Aufnahme einzelner Stellen, Aufsätze, Gedichte u. s. w. aus fremden Werken für zulässig erklärt, und zwar insbesondere mit Rücksicht auf kritische, literarhistorische und für den gewöhnlichen Schulgebrauch bestimmte Sammlungen, sowie unter der Beschränkung, daß die Entlehnung aus bereis veröffentlichten Werken geschieht; s. Oesterr. Gesetz v. 1846. §. 5., Preuß. Gesetz v. 1837. §. 4., Bayer. Gesetz v. 1840. Art. 2., Gothaische Verordn. v. 1828. §. 6., Braunschw. Gesetz v. 1842. §. 4. Das cit. Oesterr. Gesetz fügt ff. nähere Bestimmungen hinzu: „Die Aufnahme einzelner, einem größeren Werke, einer Zeitschrift oder sonst einem periodischen Blatte entnommenen Aufsätze, Gedichte u. s. w. in ein nach seinem Hauptinhalte neues, selbständiges, insbesondere kritisches und literarhistorisches Werk, oder in eine zu einem eigenthümlichen literarischen Zwecke, sowie zum Kirchen-, Schul-, und Unterrichtsgebrauche bearbeitete Sammlung

von Auszügen aus den Werken mehrerer Schriftsteller, oder endlich in Zeitschriften und periodische Blätter: nur muß die Originalquelle ausdrücklich angegeben werden (Grenze des Plagiats!), und es darf der entlehnte Aufsatz weder einen Druckbogen des Werkes, welchem er entnommen ist, überschreiten, noch als selbständige Flugschrift ausgegeben werden, ebenso bei Zeitschriften und sonstigen periodischen Blättern im Laufe eines Jahrgangs zusammengenommen nicht mehr als zwei Druckbogen ausmachen; die eigentlichen politischen Zeitungen sind bloß an die Bedingung gebunden, die Quelle, aus welcher ein Artikel entlehnt ist, namhaft zu machen."

Nach denselben Gesichtspunkten ist zu entscheiden, ob die Aufnahme einzelner Themata und Auszüge aus (veröffentlichten) musikalischen Compositionen und die von (veröffentlichten) Tonstücken geringeren Umfangs in ein nur zum Musikunterricht bestimmtes Sammelwerk oder in kritische oder musikhistorische Werke und Zeitschriften statthaft sey.

Zu 17) Halten wir an der positivrechtlichen Basis des Nachdrucksbegriffs, daß der Urheber gegen mechanische Vervielfältigung zu schützen sei, fest, so leidet es keinen Zweifel, daß Uebersetzungen nicht Nachdruck sind, denn die Sprache ist nicht etwas dem Gedanken Aeußerliches und ihm nur mechanisch dienend, sondern bildet Form und Körper des Gedankens, und folglich ist Uebertragung in eine andere Sprache eine organische Umgestaltung und Umschaffung des Werkes; die Uebersetzung ist ein neues Werk, jede zweite, dritte Uebersetzung wieder ein anderes Werk neben dem gemeinsamen Original. Je besser eine Uebersetzung, um so mehr erscheint dieselbe als eine schöpferische That; nicht die mechanische schülerhafte Uebersetzung ist auch die beste: dies mehr wie alles Andere beweist, daß der Uebersetzer ein vom Original verschiedenes Werk hervorbringt; in der Art, wie der Uebersetzer sich dem Geiste des Originals anzuschließen und anzuschmiegen weiß, wird sich gerade des Uebersetzers Individualität offenbaren, jede Uebersetzung trägt einen individuellen Stempel. Hiernach muß mit Jolly Lehre v. Nachdruck S. 152., Bluntschli deut. Privatr. §. 50. (S. 123. der 2. Aufl.) und v. Gerber System §. 200. Anm. 3., als Grundprincip festgehalten werden, daß Uebersetzung nicht unter den Nachdruck falle. Ausdrücklich ist dieser Satz bundesgesetzlich nicht aufgestellt worden, dagegen schließen die Partikularrechte fast ohne Ausnahme die Uebersetzung vom Gebiete des Nachdrucks aus, indem sie Uebersetzungen erschienener (bereits gedruckter) Werke gestatten, meistens nur deutsche Uebersetzungen von Werken,

welche in einer todten Sprache bekannt gemacht wurden, verbieten, und außerdem dem Autor nur das Recht, sich das Recht ausschließlicher Uebersetzung ausdrücklich vorzubehalten, zusprechen; s. Preuß. Gesetz v. 1837. §. 4., Weimar. Gesetz v. 1839. §. 4., Braunschw. Gesetz v. 1842. §. 2. u. s. w. Das Oesterr. Gesetz v. 1846. §. 5. sagt: „Als Nachdruck ist nicht anzusehen die Uebersetznng eines erschienenen literarischen Werkes, und zwar ohne Unterschied der Sprache, jedoch den Fall ausgenommen, wenn der Berechtigte sich die Befugniß zur Veranstaltung einer Uebersetzung im Allgemeinen oder in einer bestimmten Sprache auf dem Titelblatte oder in der Vorrede des Originalwerkes ausdrücklich vorbehalten hat, wo sodann jede innerhalb eines Jahres von Erscheinen des Originalwerkes ohne Einwilligung des Autors desselben oder seiner Rechtsnachfolger veröffentlichte Uebersetzung als verbotner Nachdruck zu behandeln ist. Hat der Autor das Werk zugleich in mehreren Sprachen erscheinen lassen, so wird jede dieser Ausgaben als Original behandelt."

Wächter a. a. O. S. 566. und 572. erinnert daran, daß immer entschiedener sich das internationale Bedürfniß eines Schutzes der Uebersetzungen herausstelle und fordert demgemäß die prinzipielle Aufstellung eines Schutzes, indem er S. 558 ff. zu entwickeln versucht, daß Uebersetzung nur Wiedergabe eines Fremden und nur Veränderung der äußeren Form sei, der Begriff des Nachdrucks aber sich gleichgiltig gegen die äußere Form verhalte. Daß mit diesem Satze die bisherige Basis des Nachdrucks verlassen werden würde (in ähnlicher Weise wie das Römische Recht über den ursprünglichen Begriff des damnum Aquilianum hinausschritt), ist bereits angedeutet worden. Vergl. dazu Schürmann Der Rechtsschutz gegen Uebersetzungen in den internat. Verträgen, Leipzig 1860.

Zu 18) Ja, sofern die wissenschaftliche Arbeit (der Text) als Hauptsache und Hauptzweck des Werkes, die Abbildungen bloß als untergeordnete Stücke erscheinen, und sofern das fremde artistische Werk nicht vollständig, sondern mit Maaß benutzt ist. Was Maaßhaltung sei, läßt sich nur relativ bestimmen: es darf nicht so viel aufgenommen seyn, daß der Besitzer des wissenschaftlichen Werkes die artistische Beigabe als einen Ersatz für das selbständige und volle artistische Werk betrachten und dadurch sich von der sonst beabsichtigten Anschaffung des letzteren abhalten lassen könnte. Es tritt daher hier ein ähnlicher Gesichtspunkt ein, wie der zu Fr. 16. erörterte. Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgeb. S. XXIV. sagen hierüber: „Zweifelhaft erschien die Frage, ob es auch bei Zeichnun-

gen und Abbildungen erlaubt sei, einzelne Theile aus einem früheren Werke zu entlehnen und in einem neueren Werke zu copiren. Das Preuß. Gesetz spricht sich hierüber nicht ausdrücklich aus; der (Berliner) Sachverständigen-Verein hat indeß — allerdings im Widerspruch mit der Ansicht des höchsten Gerichtshofs — wiederholt angenommen, daß nach dem Geiste des Gesetzes auch eine solche Benutzung von Zeichnungen und Abbildungen gestattet sey, zumal dieselbe im Interesse der Wissenschaft und Literatur häufig gar nicht zu vermeiden ist (S. 409. 505. 510)."

Zu 19) Auch hier kommen im Allgemeinen analoge Grundsätze, wie die zu Fr. 16. aufgestellten, zur Anwendung. Sind die Bearbeitungen selbständige neue Werke, so sind sie nicht Wiederholungen des Originalwerks. Wächter a. a. O. S. 595. sagt: „Die Veränderung der musikalischen Form hebt nicht unbedingt den Thatbestand des Nachdrucks auf, dies um so weniger, als die Grundideen musikalischer Werke in Bezug auf die Ausprägung in verschiedene äußere Formen sehr leicht zu handhaben sind, so daß das ursprüngliche Werk durch geringe Veränderungen, ohne eigentlich in ein neues sich zu verwandeln, in eine andere musikalische Form gekleidet werden kann." „Das Wiedergeben einer Melodie, nicht aber die Benützung eines Motivs kann Nachdruck seyn." Das Preuß. Gesetz v. 1837. §. 20. sagt: „Einem verbotnen Nachdruck ist gleich zu achten, wenn Jemand von musikalischen Compositionen Auszüge, Arrangements für einzelne Instrumente, oder sonstige Bearbeitungen, die nicht als eigenthümliche Compositionen betrachtet werden können, ohne Genehmigung des Verfassers herausgibt." Aehnlich das Oesterr. Gesetz v. 1846. §. 6. und das Weimar. Gesetz v. 1839. §. 20. — Der neue Börsenvereinsentwurf bezeichnet Auszüge aus einer musikalischen Composition ohne Rücksicht auf Form und Zweck ausnahmslos als Nachdruck; der Verein der deutschen Musikhändler wollte, noch weiter gehend, in die Melodie das Kennzeichen des Nachdrucks gestellt wissen; allein es scheint bedenklich, die ursprüngliche Basis des Mechanischen zu weit außer Augen zu setzen.

Zu 20) Die Uebertragung eines Kunstwerks in eine andere künstlerische Darstellungsform hat einige Aehnlichkeit mit der Uebersetzung eines literarischen Werkes, denn jeder andere Herstellungsstoff (Stein, Stahl, Holz u. s. w.) bedingt gewissermaaßen eine andere artistische Sprache; der Berliner Sachverständigen-Verein hält an dem Grundsatze fest, daß die Benutzung eines Werks bei Uebertragung aus einer Sphäre in eine andre, z. B. aus einer Erzählung in ein

Drama, keinen Nachdruck involvire: s. Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgeb. S. XXIV. und S. 516. Besonders wichtig ist im Gebiete der zeichnenden und bildenden Künste die Frage, ob es in der Art artistischer Vervielfältigung überhaupt liege, daß sie der direkten mechanischen Vervielfältigung mehr oder weniger gleichgestellt werde; s. Bundesbeschluß v. 1837. Art. 1. und v. 1845. §. 1., Oesterr. Gesetz v. 1846. §. 3., Preuß. Gesetz v. 1837. §. 18. 21., Bayer. Gesetz v. 1840. Art. 1., Braunschw. Gesetz v. 1842. §. 7. In welchem Umfange diese Gleichstellung anzunehmen sey, erscheint zweifelhaft; mit Recht bemerkt Wächter a. a. O. S. 581., daß Veränderungen in der Größe, im Maaßstabe, Material oder Kunstverfahren an sich nicht das nachgebildete Werk zu einem andern oder neuen machen, und daß auch darauf nichts ankomme, ob das Verfahren bei einmaliger Anwendung nur Ein oder mehrere Exemplare erzeuge (gegen Jolly, Lehre v. Nachdruck, S. 184.). Das Sächs. Gesetz von 1844. §. 2. sagt ausdrücklich, es komme nichts darauf an, ob die Nachbildung eines Kunstwerks nicht auf rein mechanischem Wege, sondern mit Hilfe einer durch selbständige Kunstfertigkeit hervorgebrachten Nachbildung bewirkt worden ist. Wenn dagegen die Uebertragung in eine ganz andere Kunstgattung stattgefunden hat, so muß mit Harum Oesterr. Preßgesetzgeb. S. 209. und Bluntschli deut. Privatr. §. 50. No. 7. b. gesagt werden, daß das wiedergegebene Kunstwerk ein neues und andres sei: dies ist der Fall, wenn ein plastisches Werk in ein Werk der zeichnenden oder Malerkunst oder umgekehrt übertragen ist. So bestimmen mehrere Partikularrechte ausdrücklich; s. Oesterr. Gesetz v. 1846. §. 9., Braunschw. Gesetz v. 1842. §. 9., doch verbietet ersteres Gesetz die Nachbildung plastischer Werke, welche bloß zur Beschauung sind, durch zeichnende Künste, und das Preuß. Gesetz v. 1854. §. 1. verbietet solche Umbildungen überhaupt, sofern sie auf rein mechanischem Wege erfolgen (wohin jedenfalls photographische und andere graphische und chemische Nachbildungen zu rechnen sind). Bluntschli a. a. O. bemerkt ferner, daß die bloße Benutzung von Kunstwerken zu Erzeugnissen der Fabrikation oder Handwerke, z. B. Pfeifenköpfe nach Portraiten, Oefen nach Skulpturen, als erlaubte Nachbildungen zu betrachten seyen.

Zu 21) Diese Frage ist in Gemäßheit der zu der vorigen Frage angegebenen Grundsätze gleichfalls zu verneinen.

Zu 22) Während das Französ. Recht jede, auch auf nicht mechanischem Wege hergestellte Copie verfolgt und daher dem Urheber selbst, wenn er das Verlagsrecht des Werkes veräußert hat, dessen

Wiederholung untersagt: ist nach dem Recht der Bundesbeschlüsse, mit welchem fast alle Partikularrechte übereinstimmen, das Copiren im Einzelnen nicht verboten; nur das Bayer. Gesetz v. 1840. §. 1. und das Braunschw. Gesetz v. 1842. §. 7. stellen neben der mechanischen Vervielfältigung auch die Abbildung schlechthin unter die widerrechtliche Nachbildung. Vergl. Wächter a. a. O. S. 576., Bluntschli deut. Privatr. §. 50. No. 7.

Zu 23) Der Verlagsberechtigte kann Ersatz des vollen Schadens beanspruchen, s. Bundesbeschluß v. 1837. Art. 4. Der Bundesbeschluß v. 1845. §. 5. fügt die nähere Bestimmung hinzu: „Die Entschädigung hat in dem Verkaufspreise einer richterlich festzusetzenden Anzahl von Exemplaren des Originalwerks zu bestehen, welche bis auf tausend Exemplare ansteigen kann, und eine noch höhere seyn soll, wenn von dem Verletzten ein noch größerer Schaden nachgewiesen worden ist."*) Dieser Betrag von 1000 Exemplaren ist nicht mit Bluntschli Privatr. §. 50. No. 9. als Normalmaaß, sondern mit Wächter a. a. O. S. 677. als Normalmaximum anzusehen, d. h. ein bestimmter Betrag abgesetzter Nachdrucksexemplare wird überhaupt nicht präsumirt, aber bis zu jenem Maximum bedarf der Richter nicht strenger Beweise, während die Gründe einer Ueberschreitung dieses Maaßes unter die gewöhnlichen Beweisregeln fallen. Den Hauptanhalt für die Schadenbestimmung wird der Richter in der Anzahl der (wirklich oder vermuthungsweise) abgesetzten Nachdrucksexemplare zu finden haben, indem davon auszugehen ist, daß, soviele Exemplare der Nachdrucker abgesetzt hat, ungefähr ebensoviele der Verletzte weniger absetzen konnte. Auch der Berliner Sachverständigen-Verein ist von der Regel ausgegangen, „daß so viele Exemplare der rechtmäßigen Ausgabe abgesetzt worden seyn würden, als Nachdrucke in das Publikum gekommen sind" (s. Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzgeb. S. XXVI.). Unleugbar ist dieser Anhalt und Ausgangspunkt nicht völlig zutreffend, denn verschiedene Vertriebsoperationen

*) Ueber die strafrechtliche Folge bestimmt § 6. desselben Bundesbeschlusses: „Außerdem sind gegen den Nachdruck und andere unbefugte Vervielfältigung auf mechanischem Wege, auf den Antrag des Verletzten, in allen Bundesstaaten, wo die Landesgesetzgebung nicht noch höhere Strafen vorschreibt, Geldbußen bis zu 1000 fl. zu verhängen." Außerdem bestimmt der Bundesbeschluß v. 1837. Art. 4.: „Außer den in Gemäßheit der Landesgesetze gegen den Nachdruck zu verhängenden Strafen soll in allen Fällen die Wegnahme der nachgedruckten Exemplare, und bei Werken der Kunst auch noch die Beschlagnahme der zur Nachbildung gemachten Vorrichtungen also der Formen, Platten, Steine u. s. w. stattfinden."

sind im Stande, den Absatz zu steigern, und mancher besondere Umstand, z. B. der niedrigere Preisansatz der Nachdrucksexemplare, kann zu deren größerem Absatz beitragen: diese und andere Momente sind in dem dem Richter gewährten Spielraum zu berücksichtigen. Vergl. Wächter a. a. O. S. 678 ff., welcher auch in Uebereinstimmung mit Bluntschli und der Praxis des Berliner (s. Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzg. S. XXVI.) und des Leipziger Sachverständigen-Vereins annimmt, daß im Zweifel nicht der Ladenpreis, sondern der s. g. Buchhändlerpreis (Netto-Buchhändlerpreis, d. h. wie er zwischen Verleger und Sortimenter berechnet wird) zugrunde zu legen sey.

Die Absicht, in welcher die Verletzung vorgenommen wurde, namentlich die Frage, ob dieselbe eine gewinnsüchtige war oder nicht, ist dabei nicht maaßgebend; s. Heydemann und Dambach Nachdrucksgesetzg. S. 189. 210. 231. 329.

Nach dem Bundesbeschluß von 1845. §. 1. 2. erstreckt sich die Schutzfrist auf 30 Jahre, welche vom Tode des Urhebers, und bei posthumen, anonymen oder von moralischen Personen herausgegebenen Werken von dem Jahre des Erscheinens an läuft. S. Preuß. Gesetz v. 1837. §. 5., Bayer. Gesetz v. 1840. Art. 3., Sächs. Gesetz v. 1844. §. 3., Würtemb. Ges. v. 1845. Art. 1., Oesterr. Gesetz v. 1846. §. 13. 14. Dazu Wächter a. a. O. S. 428 ff. und Bluntschli deut. Privatr. §. 49.

Zu 24) Der Bundesbeschluß v. 1845. §. 4. bestimmt: „Die Verbindlichkeit zu voller Schadloshaltung der durch Nachdruck u. s. w. Verletzten liegt dem Nachdrucker und demjenigen, welcher mit Nachdruck wissentlich Handel treibt, ob, und zwar solidarisch, insoweit nicht allgemeine Rechtsgrundsätze dem entgegenstehen.“ Es sind also verantwortlich der Urheber des Nachdrucks, Miturheber und zwar sowohl im Fall der Absichtlichkeit als der Fahrlässigkeit, s. Harum Oesterr. Preßgesetzgeb. S. 231., Friedländer der Rechtsschutz gegen Nachdruck S. 67., Wächter a. a. O. S. 667. Bloße Gehülfen sind nach dem Recht der Bundesbeschlüsse und den meisten Partikularrechten nicht verantwortlich, mit Ausnahme der Beihülfe zum Vertrieb im Handel. Am strengsten ist das Kön. Sächs. Gesetz v. 1844. §. 6., indem es jeden wissentlichen Theilnehmer am Nachdruck solidarisch verbindlich macht. Wächter a. a. O. S. 669 ff.]

§. 104.

7. Gegenstände, welche wegen der Regalität vom Privateigenthum ausgenommen sind.

Bekanntlich ist die Sphäre des Privateigenthums durch die Regalität verschiedener Gegenstände beschränkt. Nach dem eigentlichen Begriff von Regalität, unterschieden vom Staatseigenthum — denn die Hoheitsrechte (jura regia, majestatica, regalia) können niemals aus dem Eigenthum, sondern nur aus der Staatsgewalt fließen — und nach Vernunftrecht kann das Recht der Oberherrschaft oder der Inbegriff der oberherrlichen Rechte zu dem Zwecke des Staats, indem er sich über Personen und Sachen erstreckt, in beiden Beziehungen nur eine negative Wirksamkeit behaupten, indem sie in der ersteren die persönliche Freiheit der Einzelnen, in der letzteren aber den Gebrauch der Sachen insoweit bedingt und beschränkt, als das allgemeine Interesse und der Zweck der Staatsverbindung es erforderlich macht. — Ohne Ungerechtigkeit können den Staatsbürgern Befugnisse nicht entzogen werden, von welchen nicht evident ist, daß deren Besitz in ihrer Hand, oder in der Hand jedes Einzelnen ohne Unterschied, dem Staatszwecke wesentlich und nothwendig widerspreche, s. Fichte Grundlage des Naturrechts Thl. II. S. 20. In der Praxis hat sich nun freilich dieses Princip nicht rein und nicht gleichförmig gestaltet. Selbst der Begriff von Regalien wird verschieden aufgefaßt, indem die Einen die Hoheitsrechte des Staats bestimmt von den Regalien unterscheiden, Andere aber einen gemeinschaftlichen Begriff für Beides setzen, und dann zwischen regalia essentialia s. majora (d. i. den schon im Begriff des Staats liegenden) und accidentalia s. minora (solchen nämlich, welche dem Staate nur zufällig, aus einem besonderen Erwerbsgrunde, mithin nur bedingungsweise oder unter besonders festgesetzten Verhältnissen zustehen) unterscheiden, womit dann auch die Eintheilung in verleihbare und nicht verleihbare Regalien zusammenhängt.*) Unter jenen — den verleibaren — und insbesondere den benutzbaren (Finanz- und Kammerregalien) treten

*) Die mehrfachen Eintheilungen der Regalien s. Klüber öffentl. Recht des deutschen Bundes §. 99 rc. Für unsere Ansicht spricht auch Zöpfl in den Grunds. d. allgem. u. d. constitutionell-monarchisch. Staatsr. §. 60.: „Das philosophische Recht kann keine anderen Hoheitsrechte aufzählen, als nur wesentliche, s. g. regalia essentialia, immanentia s. majora.“

besonders häufig solche hervor, welche ursprünglich bloß Ausflüsse des Eigenthums waren, während doch wahre Hoheitsrechte nur aus der Staatsgewalt, nie aus dem Eigenthum, fließen können. Offenbare Verwechslung zwischen Staatshoheit und Staatseigenthum vermehrte das Dunkel in Worten und Begriffen, s. Danz Handb. des deutsch. Privatr. §. 101 b. [Dazu Zachariä Zeitschr. f. deut. R. XIII. (1853) S. 319 ff., Böhlau De regalium notione. Hal. 1855., v. Gerber System §. 67.] Aus diesen allgemeinen Gesichtspunkten lassen sich folgende Fragen beantworten:

1) Wenn Streit entsteht, ob ein Gegenstand zu den s. g. nutzbaren Regalien oder zum Privateigenthum gehört, oder wenn über den Umfang eines Regals gestritten wird, z. B. ob das Bergregal auch das Recht auf Torf, Steinkohlen, Eisensteine u. dergl. involvire, — ob unter dem Salzregal auch Salzquellen begriffen seyen 2c., wem liegt dann der Beweis ob?
2) Kann der Besitzer eines verleihbaren Regals sich gegen den Fiscus, wenn er mit ihm darüber in Contestation geräth, possessorischer Rechtsmittel bedienen?
3) Da verleihbare Regalien bald ausschließend, bald mit Vorbehalt, daß die Staatsregierung das fragliche Regal daneben ausübe, conferirt werden (woher die Eintheilung in privative und cumulative entstanden ist): so fragt sich bei unbestimmten und zweifelhaften Verhältnissen, wofür die Vermuthung streite? So auch
4) wenn bei einem vom Staat an Jemand verliehenen Regal mehrere Abstufungen vorkommen, ist dann dasselbe im Zweifel nach seinem höchsten oder niedrigsten Umfang zu nehmen?

Zu 1) Die Art und Weise, wie die Regalien sich in Deutschland gebildet haben, ist von der Art, daß in den Fällen, wo es wirklich zweifelhaft ist, ob etwas zu den Regalien gehöre, nicht leicht eine Vermuthung für diese Eigenschaft aufgestellt werden kann. Wenn von ursprünglichen Ausflüssen des Privateigenthums die Frage ist, streitet insbesondere immer die Rechtsvermuthung wider den Regenten oder fiscus, wenn er sie als Staatshoheitsrecht in Anspruch nimmt, Klüber öffentl. Recht d. deutsch. Bundes §. 355., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. §. 101 b. Dasselbe gilt auch von dem Umfang des Regals.

Beim Bergregal z. B. läßt sich positiv nur annehmen, daß Me-

talle und Steinsalz *) darin begriffen seyen. Von den übrigen Fossilien, rücksichtlich deren von jeher die größte Verschiedenheit der Gebräuche in den einzelnen Gegenden Deutschlands obwaltete (s. Mittermaier im deutschen Privatr. §. 244. u. im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 132., Weiske Rechtslex. Bd. I. S. 943. voc. Bergrecht) läßt sich dies nicht behaupten, insbesondere nicht vom Torf, wie sonst wohl Manche anzunehmen pflegten, s. Pütter Erörter. Bd. III. S. 51. und 58., Beckmann Beiträge zur Oekonomie St. XI. no. 1. §. 15. — Dagegen erklären sich für die Eigenschaft einer Zugehörung des Grundeigenthums: Runde deutsch. Privatr. §. 163., Häberlin Handb. d. Staatsr. §. 371., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 139., Pfeiffer Zeitschr. f. deut. R. XIII. S. 223 ff. Eben so wenig gehören Stein- und Braunkohlen zu den Regalgegenständen, s. Hagemann a. a. O. §. 140., Struben rechtl. Bedenken Bd. II. no. 77. §. 3., v. Gönner Rechtsfälle Bd. II. no. 17., auch nicht Stein- und Marmorbrüche, Kalk-, Schiefer-, Kreide-, Lehm-, Porzellan- und Walkererdgruben, s. Hagemann a. a. O. §. 141., v. Berg jurist. Beobachtungen rc. Thl. II. no. 28., Leist Lehrb. d. deutsch. Staatsr. §. 220. und eben so wenig Mineralquellen, Leist a. a. O., Struben a. a. O. Thl. II. no. 77., Danz a. a. O. §. 163. — Ausnahmen können daher nur durch Particulargesetze und Observanzen begründet werden.

Zu 2) S. oben Kap. I. §. 86.

Zu 3) Für die privative Verleihung streitet die Rechtsvermuthung, s. Klüber a. a. O. §. 102. — Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatr. §. 266.

Zu 4) Da Veräußerungen nicht vermuthet werden, so ist im Mangel deutlicher Bestimmung gegen den, der das nicht deutlich ausgedrückte Mehrere will, zu interpretiren, und nur die niedere Gattung als verliehen anzunehmen, s. Eichhorn a. a. O., Schnaubert Commentar zu Böhmer's Lehenrecht §. 64.

---

*) Vid. Aurea Bulla Cap. IX. §. 1. universas auri et argenti fodinas atque mineras stanni, cupri, plumbi, ferri et alterius cujuscunque metalli, ac etiam salis. [Vergl. Hake Commentar über das Bergrecht, S. 47. — v. Gerber System §. 98: „Auch die Regalität der Salzquellen muß gemeinrechtlich anerkannt werden."]

§. 105.

8. Vom Privateigenthum*) überhaupt und den dabei vorkommenden gesetzlichen und vertragsmäßigen Beschränkungen,**) insbesondere dem bedingten oder widerruflichen, vollen und getheilten Eigenthum; dominium solitarium und condominium.

1) Ist der Käufer, wenn entweder die Sache oder die Person des Verkäufers bei Vermeidung der Nullität mit einem Veräußerungsverbot belegt war, alles Anspruchs verlustig?
2) Ist Derjenige, welcher gegen ein Veräußerungsverbot veräußert hat, selbst seine Veräußerung anzufechten und das Veräußerte zu vindiciren berechtigt?
3) Wird durch ein erst nach geschlossenem Kauf eingetretenes Veräußerungsverbot der noch nicht durch Uebergabe erfolgte Vollzug verhindert?
4) Gilt ein Vertrag schlechthin, durch welchen man sich gegen den Andern der Veräußerungsfreiheit begeben hat?
5) Gewährt ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot auch Ansprüche gegen den Dritten, an welchen vertragswidrig veräußert wurde?
6) Hat das pactum reservati dominii, durch welches sich die Verkäufer bei noch nicht ganz bezahltem Kaufschilling gewöhnlich ihr Recht an der Sache zu salviren bemüht sind, auch gegen einen dritten Besitzer Wirksamkeit, und folgt daraus gegen diesen, oder auch im Concurs des Käufers ein Vindicationsrecht?
7) Inwiefern gilt ein testamentarisches Veräußerungsverbot?
8) Kann Derjenige, zu dessen Gunsten der Testator einem Honorirten, gegen Verschaffung eines gewissen Vortheils, die Veräußerung seiner eigenen Sache verboten hat, die gegen

---

*) Ueber den durch das neueste Justinianische Recht, l. 1. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo (2. 25.), hinwegfallenden Unterschied zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthum, s. vorzüglich v. Vangerow Pand. I. §. 295. Anm. 2. gegen Zimmern im Rhein. Mus. Bd. III. no. 19., ferner Unterholzner daselbst Bd. V. S. 1., Meyer über das duplex dominium d. R. R. in d. Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. VIII. S. 2.

**) Alle jura in re sind solche Beschränkungen durch Privatdispositionen. Die Eigenthums-Beschränkungen in Beziehung auf nachbarliche Verhältnisse sind bereits oben im §. 1. und 2. erörtert worden.

dieses Verbot veräußerte Sache auch vom dritten Besitzer vindiciren?

9) In welchen Verhältnissen kommt ein getheiltes Eigenthum vor?
10) Gibt es auch ein condominium plurium in solidum?
11) Was wird unter einer communio incidens verstanden?
12) In wie weit sind die Rechte der Miteigenthümer gegenseitig beschränkt?

Zu 1) Man muß hier wohl unterscheiden zwischen dem Act der Eigenthumsübertragung und dem zum Grunde liegenden Rechtsgeschäft. Eigenthum kann allerdings nicht übertragen werden, wo das Gesetz es bei Strafe der Nichtigkeit verbietet; dominium discedere non potuit, l. 3. l. 8. l. 11. l. 15. l. 16. C. 5. 71., weshalb der rechte Eigenthümer die Sache auch gegen Dritte verfolgen kann.

Das Rechtsgeschäft aber, welches zum Grunde lag — Kauf, Schenkung u. dergl. — bleibt, ungeachtet es den Eigenthumsübergang nicht bewirken kann, gleichwohl nicht immer ohne alle rechtliche Wirksamkeit. Wenn nämlich der Käufer das Veräußerungsverbot nicht kannte, so bleibt ihm gegen den Verkäufer doch noch der Anspruch auf Prästation des Interesse, der Eviction u. dergl., l. 4. l. 6. pr. l. 34. §. 2. l. 62. §. 1. l. 70. D. 18. 1. — l. 39. §. 3. D. 21. 2. — l. 5. §. 5. D. 27. 9. — l. 9. C. 5. 71. — l. 4. C. 8. 37. — Nov. 7. c. 5., s. Brandis in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 181. §. 10., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 299., Mommsen Die Unmöglichkeit der Leistung §. 3. Dies ist besonders in dem Fall ganz unbestritten, wenn der Verkäufer die Unveräußerlichkeit der Sache gekannt hat. Abweichende Meinungen finden sich in folgenden Fällen:

a) wenn beiden Theilen die Unveräußerlichkeit bekannt war, so betrachtet man zwar unzweifelhaft den Contract selbst als völlig wirkungslos, so daß wegen der par turpitudo kein Theil vom andern Entschädigung verlangen kann, Glück Thl. XVI. S. 48., Lauk in Linde's Zeitschrift Bd. V. S. 10. §. 3., Thibaut System d. P. R. §. 449. (Ed. 8.) Dagegen im umgekehrten Fall, wenn beiden Theilen das Veräußerungsverbot unbekannt war, sind zwar auch Mehrere der Meinung, daß eine obligatio nirgends vorhanden sey, l. 16. pr. l. 22—24. D. 18. 1., Lauk a. a. O., Thibaut a. a. O. Mit mehr Recht aber statuiren Andere: der Käufer könne statt der Sache, welche er nicht

erhalten kann, wenigstens das Interesse fordern, s. Glück a. a. O., und insofern bleibt also die Handlung keineswegs völlig wirkungslos, l. 70. D. 18. 1. — l. 39. §. 3. D. 21. 2. Brandis a. a. O. S. 181. not. 2. Nach den zuletzt angeführten Gesetzstellen kommt es nämlich immer nur darauf an, ob der Käufer die Unveräußerlichkeit wußte, s. auch l. 4. u. 5. D. 18. 1.

b) In Ansehung der Frage: ob in dem Fall, wo nur dem Käufer die Unveräußerlichkeit der von ihm gekauften und bezahlten Sache bekannt war, dieser nicht wenigstens den bezahlten Kaufschilling condictione sine causa zurückzufordern berechtigt sey? entscheidet Glück Thl. XVI. S. 50. verneinend, weil sie die Gesetze Demjenigen versagen, welcher wissentlich eine Nichtschuld bezahlt hat; wogegen Laut a. a. O. §. 3. not. 4. einwendet: man könne nicht sagen, es sey wissentlich ein indebitum bezahlt worden, indem ja pretium pro re gegeben wurde.

Immer wird übrigens ein für beide Theile verbindendes Veräußerungsverbot vorausgesetzt. So verbindet z. B. ein landesherrliches Ausfuhrverbot blos den Inländer; hier fällt also gegen den Ausländer die Vindication des bereits übergebenen Kaufobjects weg, Glück a. a. O. S. 47. Mehreres hierüber bleibt dem Obligationenrecht vorbehalten.

Zu 2) Bei dieser überaus streitigen Frage kommen die verschiedenen Arten der Veräußerungsverbote in Betrachtung. Sie sind nämlich entweder:

a) rein objectiv, dergestalt, daß die Sache an sich von Niemand einer Veräußerung unterstellt werden kann; z. B. res divini juris, res sacrae, religiosae, res publicae, — Gifte, Sachen, die zur Unterstützung des Friedens dienlich sind, oder deren Ausfuhr aus andern Gründen verboten ist, — unter gewissen Modificationen auch der Verkauf der Früchte auf dem Halm, und in der Regel wenigstens die Veräußerung eines Lehens; oder so, daß nur die Veräußerung gewisser Gegenstände an gewisse Personen nicht gestattet ist, wie bei dem Veräußerungsverbot an die todte Hand, oder eines Ritterguts an Bürgerliche; oder

b) bloß in subjectiver Beziehung, um bestimmter Privatrechtsverhältnisse willen, so daß also eine an sich gar wohl veräußerliche Sache nur in den Händen gewisser Personen unveräußerlich wird. Z. B. die Veräußerung ist verboten: dem Ehemann in Ansehung der Dotalgüter, so lange die Ehe besteht, dem Vater

16*

rücksichtlich der bona adventitia regularia seiner Kinder, den Eheleuten überhaupt jede Schenkung unter sich und den Ihrigen, den Vormündern und Pflegern rücksichtlich der Güter der Curanden, Kirchen 2c., dem Gemeinschuldner nach eröffnetem Concurs; auch mag hierher noch die verbotene Veräußerung einer res litigiosa gerechnet werden.*)

Im ersten Fall ist

ad a) unbedenklich denjenigen Rechtslehrern beizustimmen, welche daraus, daß das Eigenthum auf den Andern nicht übergehen konnte, die natürliche Folge ziehen, daß dasselbe bei dem ersten Besitzer bleiben, dieser also auch zur Vindication gegen jeden Inhaber berechtigt seyn müsse. Wer anders als der Veräußerer sollte auch — Confiscationsfälle ausgenommen, — hier vindiciren können? Man wendet zwar ein: Niemand dürfe seine eigenen Handlungen anfechten, und l. 17. D. de evict. (21. 2.) sage ausdrücklich: vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoveri, allein gegen die hierauf allerdings zu gründende exc. rei venditae et traditae geben die Gesetze gleichwohl in dem Fall eine replicatio, si justa causa vindicandi fuerit, s. l. 1. §. 5. D. 21. 3. — cf. l. 32. §. 2. D. 16. 1., nam etsi tradiderit possessionem, fuerit autem justa causa vindicandi, replicatione adversus exceptionem utetur. Da die Veräußerung kraft des Gesetzes als nicht geschehen zu betrachten und der Privatwillkür entzogen ist, so kann der Grundsatz: „Niemand dürfe seine eigenen Handlungen anfechten," da, wo das handelnde Subject gar nicht in Betracht kommt, keine Anwendung finden, s. Brandis in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 183., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 299. not. 1., Leyser Sp. 190. Med. 1., Müller ad Leyser T. II. Fasc. I Obs. 689. Fälle, in welchen das Vindicationsrecht des Veräußernden entschieden ist, s. l. 31. §. 2. l. 36. pr. D. de donat. inter. vir. et uxor. (24. 1.) l. 32. §. 2. D. ad Sct. Vellej. (16. 1.) l. 3. C. de aleator. (3. 43.) l. 15. l. 16. C. de praed. min. (5. 71.) l. 4. C. de litigios. (8. 37.) l. 1. C. de praed. decur. non

*) Abgesehen nämlich von der Streitfrage, ob dieses Verbot des R. R. heut zu Tage noch anwendbar sey, was von Mehreren bejaht wird, s. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VIII. S. 75., mit Thibaut, Mühlenbruch, Schweppe, — Andere verneinen, z. B. Leyser Spec. 518. Med. 1. u. 2., Hommel Rhaps. no. 683., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. §. 8. no. 22., Struv. Ex. ad Pand. Lib. 46. ad T. de litig. no. 44.

alien. (10. 33.) l. 7. C. de agricol. (11. 47.) c. 33. X. de jurejur. (2. 24.) c. 6. X. de reb. eccles. alien. (3. 13.) Damit sind gewiß diejenigen Rechtslehrer widerlegt, welche dem Veräußernden die Reivindication absprechen, wie Thibaut System §. 730. (Ed. 8.)*), Seuffert Pandectenr. §. 584. not. k., Weber v. d. natürl. Verbindl. S. 351., Lauk in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 9.

Im zweiten Fall

ad b) besteht das Veräußerungsverbot nicht zunächst in Bezug auf die Qualität der Sache, sondern es trifft die Dispositionsfreiheit des Besitzers, und zwar entweder in Rücksicht auf das öffentliche Interesse oder auf die eines besondern gesetzlichen Schutzes bedürftig erachteten Personen; — und daß auch hier überall dem Gesetze Genüge geleistet werden müsse, läßt sich nicht bezweifeln. Es ist daher ganz der Regel gemäß, daß der Verkäufer selbst die gesetzwidrig veräußerte Sache vindiciren kann, wenn es zum Vortheil eines Andern geschieht, um dessen willen die Gesetze die Veräußerung untersagt haben, s. Glück Thl. XVI. S. 47., Voet Comm. ad Pand. Lib. VI. tit. 1. §. 19. Im eigenen Interesse kann er gegen seinen Mitcontrahenten die Sache gegen Erstattung des bezahlten Werths reclamiren, wenn er unwissentlich eine Sache veräußert hat, welche er nicht veräußern durfte, cf. l. 22. l. 23. l. 62. §. 1. D. 18. 1., that er es aber wissentlich, so ist zweifelhaft, ob der Verkäufer da überhaupt nur die Sache vindiciren könne. Glück spricht ihm das Recht dazu ab, indem er sich auf den Grundsatz: „in pari causa melior est conditio possidentis" beruft, a. a. O. S. 47. bezüglich l. 2. C. 4. 7. — l. 3. l. 8. D. 12. 5. Dagen wird aber eingewendet, daß ja dann ein zum Besten des Veräußerers gegebenes Veräußerungsverbot gar nicht realisirt werden könnte, mithin pro non scripto behandelt werde, wenn man nicht ihm selbst die Geltendmachung desselben gestatten würde, Lauk a. a. O. S. 9., Thibaut System §. 730. not. g., Schmid Handb. d. bürgerl. R. I. S. 36. 37., v. Vangerow I. §. 299. S. 630., Pagenstecher Eigenth. I. S. 70. 71. — Man verwirrt sich selbst, wenn man von dem für alle Fälle giltigen

---

*) Thibaut gesteht jedoch ausnahmsweise dem Veräußerer die Vindication zu, wenn das Veräußerungsverbot seinen Vortheil bezweckt. Ist aber dann nicht noch mehr Grund dazu vorhanden, wenn dasselbe wegen des öffentlichen Interesses oder wegen anderer Personen gegeben ist? s. Brandis a. a. O.

Grundsatz abweicht, daß eine gegen gesetzliches Verbot*) unternommene Veräußerung als nicht geschehen zu erachten, mithin das Subject des Eigenthums unverändert geblieben sey, l. 3. l. 11. l. 15. l. 16. C. 5. 71. — l. 5. C. 8. 28., alienatio proprietatis tuae jus non aufert.

Bei nicht insinuirten Schenkungen gesteht Thibaut System §. 562. (Ed. 8.) dem Schenker selbst das Rückforderungsrecht, welches nach l. 34. §. 2. C. 8. 54. auch zur Vindication führen kann, zu, indem er annimmt, daß dieses Verbot gegeben sey, um Betrügereien zum Nachtheil dritter Personen zu verhindern. — So wenig man mit dem angegebenen Grunde übereinstimmen kann, vergl. Marezoll in Linde's Zeitschrift Bd. I. S. 11—16., so unzweifelhaft ist doch der Grundsatz selbst, s. v. Savigny System Bd. IV. S. 218. — Bei Lehensveräußerungen ist in II. F. 26. §. 20. entschieden, daß der Veräußerer, wenn er im guten Glauben war, nämlich nicht wußte, daß das Object Lehen sey, selbst vindiciren könne. Bei Familienfideicommissen geschah die Veräußerung entweder aus Noth wegen dringender Schulden, dann besteht sie wenigstens bis an den Tod des veräußernden Besitzers, bei einer freiwilligen Veräußerung hingegen fällt das veräußerte Fideicommiß sogleich an den nächsten der Familie, s. l. 69. §. 1. u. 3. l. 77. §. 27. D. de leg. II. (31.), Glück a. a. O. S. 53. Ob dem Ehemann in stehender Ehe die Reivindication des von ihm gesetzwidrig veräußerten fundus dotalis zustehe, wird zwar von Manchen geleugnet, s. Wening-Ingenheim Lehrb. d. P. R. §. 341. (Ed. 8.), Stryck Us. mod. L. 23. tit. 5. §. 7., Leyser Med. Sp. 311. M. 6. u. 7., Puchta Vorles. II. S. 284., Fitting Arch. f. civ. Prax. Bd. 42. S. 167 ff., von den Meisten aber in Uebereinstimmung mit obigen Grundsätzen bejaht, s. Glück Thl. XXV. S. 402—404. und die von ihm angeführten Autoren, Voet, Lauterbach, Stryck, Hofacker, Malblanc, sowie Brandis in Linde's Zeitschr. VII. S. 191 ff., v. Vangerow I. §. 217. S. 452. der VI. Aufl. und Windscheid Lehrb. d. Pand. I. §. 172. a. Anm. 2. Zuweilen kann aber das Anfechtungsrecht des Veräußerers wegfallen ex convalescentia actus, z. B. wenn der Ehemann, welcher

*) Welchem das richterliche gleich steht, weil es dem Gesetz entnommen ist, s. l. 12. D. 41. 3., v. Vangerow a. a. O., Brandis a. a. O. S. 194., v. Wening-Ingenheim in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 362.

den fundum dotalem veräußerte, nach getrennter Ehe dotem selbst lucrirt, s. Glück a. a. O. S. 402., oder wenn der Vormund, welcher die Sache des Pupillen ungiltig veräußert hat, selbst dessen Erbe geworden ist, arg. l. 17. D. 23. 5. — l. 42. D. 41. 3. Brandis a. a. O. S. 190., Thibaut System §. 419. (Ed. 8.), Glück Thl. XXIII. S. 98.

Zu 3) Allerdings; s. l. 23. D. 18. 1. Leyser Sp. 190. Med. 4., Glück Thl. XVI. S. 51. Man kann dies nicht für eine Rückwirkung des Gesetzes ansehen, weil das, worauf das Gesetz angewendet wird, und was es verhindern will, erst vor sich gehen soll, s. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze S. 123. no. 56.

Zu 4) Es gilt nur dann, wenn Derjenige, welcher die Unveräußerlichkeit stipulirt, ein Interesse daran hat, daß der Gegenstand nicht veräußert werde; außerdem ist ein Vertrag nichtig, durch welchen mir die Freiheit, mein Eigenthum zu veräußern, benommen werden soll. Nemo efficere potest, ne vicino invito praedium alienet, l. 61. D. 2. 14. — l. 15. l. 19. D. 8. 1. — Glück Thl. XVI. S. 54. Beispiele eines wirklichen Interesse, mithin des Erlaubtseyns des pactum de non alienando, s. l. 7. §. 2. D. 20. 5., wenn der Pfandgläubiger sich bedungen hat, daß der Schuldner nicht ohne seine Einwilligung die verhypothecirte Sache verkaufen dürfe; hier hat auch der Pfandgläubiger ein Separationsrecht, wenn der Käufer des Pfands in Concurs geräth; s. Glück a. a. O. S. 56., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 299. not. 3. lit. b. Desgleichen, wenn der Verkäufer nur unter dieser Bedingung verkauft hat, l. 48. D. 2. 14.

Zu 5) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Manche Rechtslehrer bejahen sie schlechthin; s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 891. bezüglich l. ult. C. 4. 54. — l. 3. C. 4. 6., Thibaut desgl. in den frühern Ausgaben seines Systems §. 584., welcher aber selbst in der 8. Ausg. §. 730. diese Meinung für irrig erklärt, welche auch von den Neuern meistens verworfen wird, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 119., Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 378., Schweppe R. Privatr. §. 226 a. Die l. 3. C. 4. 6. gibt ja ausdrücklich nur eine Condiction, mithin eine persönliche Klage, und daraus, daß aus der l. ult. C. 4. 54., sowie aus l. ult. C. 4. 51. die Giltigkeit des vertragsmäßigen Veräußerungsverbots hervorgeht, folgt noch nicht, daß sich die Wirksamkeit auch gegen Dritte erstreckte. Am vollständigsten und gründlichsten ist dies von Lauk in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 12. §. 5. erörtert. Am sichersten ist mit v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 299. not 4. lit. c. anzunehmen: eine ein=

fache Stipulation von Seite des Verkäufers de non alienando kann nur eine persönliche Klage gegen den Käufer begründen, war sie aber als Resolutivbedingung beigefügt, so ist sie auch gegen den Dritten wirksam. — Glück Thl. XVI. S. 66. no. 2., Windscheid Lehrb. d. Pand. I. §. 172. Anm. 8. — cf. Stryck de cautel. contract. Sect. I. cap. 3. §. 32. u. 33. — stimmt hiermit überein, nimmt aber noch zwei Ausnahmen an:

a) Wenn sich der Verkäufer auf den Fall der Nichterfüllung des Vertrags eine Hypothek auf der Sache vorbehalten hat. Nach dieser Ansicht wäre aber eigentlich nur von der hypothekarischen Klage die Rede. Derselbe Fall tritt ein, wenn der Pfandgläubiger mit seinem Schuldner paciscirt hat, daß dieser nicht ohne seine Einwilligung das Pfand veräußern dürfe, was für Erstere wegen des außerdem dem dritten Besitzer zustehenden beneficii excussionis und auch für das Separationsrecht von Wichtigkeit seyn kann. Hier ist das pactum de non alienando dem Pfandrecht, mithin einem Realrecht angehängt und afficirt dadurch die Sache selbst, weshalb es auch jeder dritte Besitzer anerkennen muß, s. Lauk a. a. O. S. 13.

b) Wenn der Dritte wußte, daß die Sache wegen jenes Vertrags nicht habe verkauft werden dürfen; denn da hafte der Dritte ex dolo. Dagegen aber wendet Lauk a. a. O. ein: der Dritte stehe ja mit dem einen der beiden Paciscenten (nämlich dem Promissar) in gar keinem Verhältniß; Derjenige, welcher sich die Nichtveräußerung stipulirt hat, könne sich auf diese res inter alios acta nicht gegen den neuen Käufer berufen, um ihn durch dieselbe in dolum zu versetzen. Das Preuß. allgem. Landr. Thl. I. Tit. 4. §. 17. nimmt jedoch an: „auch ein Dritter, welchem derlei Privatverfügung (wodurch eine Sache dem Verkehr entzogen worden) bekannt geworden ist, darf derselben nicht entgegenhandeln", und fordert dabei stricten Beweis dieser Wissenschaft, für welche übrigens durch Vormerkung im Hypothekenbuche gesorgt wird.

Zu 6) Die ältere, aber neuerlich noch in der juristischen Zeitung f. d. Königr. Hannover v. J. 1831. no. 10. vertheidigte Ansicht, daß das pact. reserv. domin. für nichts anders angesehen werden könne, als für den Vorbehalt einer speciellen und zwar privilegirten Hypothek, s. Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. §. 7. not. 6., hat sich nirgend Beifall erwerben können, da Hypothek und Eigenthum doch offenbar zweierlei Dinge sind. Bleibt man demnach den Worten getreu, so

sollte man nicht glauben, wie sehr dennoch über Sinn und Bedeutung gestritten werden konnte. Die Sache wurde dadurch schwierig, daß Manche dafür halten, man könne dieses Reservat ebensowohl als eine Resolutiv-, als wie eine Suspensivbedingung betrachten. Glück Thl. XVI. S. 229., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. §. 125. und noch Andere suchten zu beweisen, daß das p. r. d. in der Eigenschaft einer Suspensivbedingung gar nicht, sondern nur als Resolutivbedingung denkbar sey, s. Müller in der civilist. Abhandl. no. 1. und im civilist. Archiv Bd. XII. no. 13., vergl. Hofmann im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 254. Der Unterschied ist in beiden Fällen bedeutend, weil im Fall einer Resolutivbedingung das Eigenthum an den Käufer übergeht, folglich der Verkäufer keine Vindication anstellen kann, wenn nicht anders ein Rückfall*) stipulirt wurde, dieses bloße Recht auf Rückerwerbung aber den Eigenthumserwerb und folglich die Dispositionsbefugniß des Käufers nicht ausschließt, Glück Thl. XVI. S. 231. „Im Fall eines dominium revocabile“ — sagt Thibaut im System d. P. R. §. 725. (Ed. 8.) — „kann in der Regel nach Existenz des den Widerruf begründenden Thatumstandes nur das vom Empfänger abgefordert werden, was „er noch besitzt, keineswegs ist aber eine Vindication gegen den dritten „Besitzer zulässig. Soll die letzt? stattfinden, so muß durch Gesetze „oder Verträge ausgemacht seyn, daß unter den gegebenen Umständen „die Uebertragung als von Anfang nichtig angesehen werden solle.“ Der ganz natürliche Sinn des pactum res. dom. ist gewiß der, daß der Tradent sein Eigenthum nicht eher von sich lassen wolle, als bis ihm der Kaufschilling vollständig bezahlt worden seyn werde. Hierdurch wird also der Eigenthumserwerb auf Seite des Käufers aufgeschoben. Man darf diese Bedeutung auch ohne Zweifel durch den usus als begründet annehmen, s. Gensler im civilist. Archiv Bd. II. S. 291., Erk. d. O.-A.-G. in Dresden im Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle 1852. S. 179., s. auch Bd. III. Kap. IX. dieses Werks, und die, wenn gleich sehr scharfsinnige Exposition der entgegengesetzten Meinung Müller's als genug widerlegt betrachten von Duncker im Rhein. Museum Bd. V. S. 65., Heyso in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 161. u. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 311. not. 2. Von selbst versteht

*) Zimmern im civilist. Archiv Bd. V. S. 238. will darin nur die Absicht des Verkäufers, einen persönlichen Anspruch gegen den Käufer auf Zurückübertragung der Sache zu erwerben, vermuthet wissen, wogegen Duncker s. oben a. a. O. bemerkt, daß ja damit der Zweck der Sicherheit ganz verfehlt würde.

es sich übrigens, daß das Reservat nach schon bewirkter Tradition nicht mehr Platz greifen könne; doch läßt sich auch der Fall denken, daß der Verkäufer tradirt hat, ohne Credit verwilligt zu haben. Dann kann er hinterher Credit mit der Bedingung des reservirten Eigenthums geben, weil dieses dann schon nach den Gesetzen noch nicht auf den Käufer hatte übergehen können, s. Duncker im Rhein. Museum Bd. V. S. 90., Gmelin D. de jure separationis etc. Tubing. 1799. §. 3., Schneider D. de validitate et effectu reserv. dom. Goetting. 1753. §. 32.

Die Clausula reservati dominii kann jedoch keine rechtliche Wirkung haben, wenn sie mit der Natur des Geschäfts in Widerspruch steht. Z. B. A. verkauft ein Handelsgeschäft mit Waarenvorräthen, mit Vorbehalt des Eigenthums, bis der Käufer die vertragsmäßig acceptirten Tratten eingelöst haben würde. Der Käufer veräußert bald das Geschäft mit den Waaren an einen Dritten. Kann nun gegen diesen eine Vindication stattfinden? Ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden verwirft die Vindication; denn das verkaufte Waarenlager hatte die Bestimmung zum weitern Verkauf, durch den Verkauf und die Uebergabe hat der Verkäufer in derartige Dispositionen von selbst gewilligt, der gedachte Vorbehalt ist also als facto contrarium nicht giltig, s. Seuffert's Archiv Bd. I. S. 339.

Zu 7) Ungiltig ist es, wenn es ganz allgemein gegeben ist, und als zwecklose Beschränkung der Freiheit des Eigenthums (nudum praeceptum) dasteht, l. 114. §. 14. D. de legat. I. (30.), giltig aber, wenn das Verbot zum Vortheil einer bestimmten Person ertheilt ist; diese kann dann, weil ein solches Verbot implicite ein Vermächtniß für sie enthält, die verbotswidrig veräußerte Sache von dem Dritten klagbar herausfordern, indem hier die Grundsätze vom legatum vindicationis eintreten, l. 1. l. 2. C. 6. 45. — l. 88. §. 14. D. de legat. II. (31.) — l. 3. §. 3. D. 36. 1. — Lauk in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 11.

Ein Testator hatte seinem Erben die Veräußerung desjenigen, was er ihm hinterließe, verboten, und den Grund beigefügt, daß er sich durch dessen ungeregelte verschwenderische Lebensart zu dieser Bestimmung bewogen finde. Die Gläubiger des Erben wollten sich dadurch gleichwohl nicht abhalten lassen, aus den Erbschaftssachen ihre Befriedigung zu suchen, und das O.-A.-G. in Dresden sprach in einem im Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1850. no. 14. abgedruckten Erkenntnisse zu ihren Gunsten dahin: ist das letztwillige Veräußerungsverbot nicht zum Besten eines Dritten, sondern lediglich im

Interesse Desjenigen, dem es ertheilt ist, namentlich des Erben gegeben worden, so ist es dritten Personen gegenüber ohne rechtliche Wirkung.

Diese Entscheidung ist der gewöhnlichen Auslegung der einschlagenden Gesetze l. 114. §. 14. D. de legat. I. (30.) l. 38. §. 4. l. 93. pr. D. de legat. III. (32.) l. 7. D. 33. 1. allerdings gemäß. Man könnte zwar versucht seyn, aus l. 114. §. 14. cit. zu argumentiren, daß auch ein zum Besten des Erben selbst ausgesprochenes Veräußerungsverbot rechtliche Wirksamkeit habe, indem dieselbe nur dem ohne allen beigefügten Grund ertheilten Veräußerungsverbot, und auch diesem nur mit der Einschränkung versagt ist, nisi invenietur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, hierunter aber um so weniger nur eine persona tertia verstanden werden dürfte, weil es weiter heißt: quodsi *liberis*, aut posteris, aut *heredibus* aut aliis quibusdam personis consulentes ejusmodi voluntatem significarent, *eam servandam* esse, auch l. 7. C. 4. 51. für unbeschränkte Testirfreiheit spricht. Allein ein blos an den Erben, ohne weitere Beziehung, gerichtetes Veräußerungsverbot muß nothwendig unwirksam seyn, wenn kein Berechtigter da ist, s. Puchta Vorles. Bd. l. §. 145., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 299. no. 3., Sintenis pr. Civilr. Bd. I. §. 38. S. 401. der II. Aufl. Es fragt sich aber hierbei noch, ob dann, wenn, wie im erzählten Fall, ein ausgedrückter Grund und Zweck des Veräußerungsverbots im Testament vorliegt, und zugleich ein Testamentsvollzieher ernannt ist, dieser nicht berechtigt und verpflichtet sey, die ganz der l. 114. §. 14. cit. entsprechende, auf das Wohl des Erben, seiner Kinder und Nachkommen gerichtete Absicht des Testirers — insoweit nämlich den Gläubigern diese Beschränkung nicht zum Nachtheil gereicht — aufrecht zu erhalten? Diese Frage möchte wie auch von dem O.=A.=Ger. in Cassel geschehen, s. Heusser in den Annalen der Justizpflege in Kurhessen Jahrg. III. S. 208. und Seuffert und Glück's Bl. f. R. Anw. Bd. XXI. S. 241., allerdings vermöge des diesem Institut zur Grundlage dienenden Princips der Repräsentation des Erblassers durch den Testamentsexecutor zu bejahen seyn, wie Beseler von den Testamentsvollziehern in d. Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. IV. S. 156. weiter ausgeführt hat; vergl. auch l. 71. pr. D. 35. 1. — l. 50. §. 1. i. f. D. 5. 3.

Zu 8) Nein; er kann blos sein Interesse von dem Honorirten, welcher gegen das Verbot veräußert hat, fordern. Dieser hat nämlich durch die Annahme des Vortheils sich quasi ex contractu verpflichtet, woraus nur eine persönliche Klage entspringt, Lauk a. a. O.

Zu 9) Hauptsächlich im Lehensverhältniß; doch hat sich im

deutschen Recht der Unterschied zwischen dominium directum und utile auch im Erbzinslehnrecht häufig erhalten, s. Puchta Pand. §. 146. und Arndts Pand. §. 134., während es übrigens nach R. R. keinem Zweifel unterliegt, daß der emphyteuta sowie der Superficiar nur ein jus in re hat, s. Thibaut Versuche Bd. II. no. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 292. (§. 17.), v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 302.

Zu 10) Den römischen Rechtsbegriffen widerspricht dieses bekanntlich ganz und gar. Nach deutschem Recht wird es von Mehreren noch behauptet. Ohne Zweifel liegt es den Ganerbschaften und der deutschen Mitbelehnung zum Grunde, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 169., vergl. Meurer v. d. Succession in Lehen- und Stammgüter S. 10 ꝛc., welcher, sowie auch v. Gönner im Archiv für Gesetzgebung ꝛc. Bd. I. S. 163 ꝛc. bei den Familienfideicommissen das Princip eines Gesammteigenthums annimmt [hierüber s. Seuffert's Archiv X. No. 276.]. Auch bei der deutschrechtlichen ehelichen Gütergemeinschaft ist dieses Sammteigenthum, condominium pluribus in re *indivisa* ita competens, ut quilibet ejus rei dominium in solidum habeat, sed limitato per concursum alterius condominii exercitio (s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 909., Scherer verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft Thl. I. §. 1.) von Vielen angenommen, von Andern mehrfach bezweifelt, s. Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 247. not. 5., Hasse eheliche Gütergemeinschaft §. 10. Das s. g. Gesammteigenthum an den Gemeindegütern ist nur uneigentlich so bezeichnet; denn da ist die moralische Person (persona mystica) das Subject des Eigenthums. — Ein Miteigenthum kann übrigens nur in idealen Theilen bestehen; denn an bestimmten Theilen (partibus divisis) findet sich nur ein Einzeleigenthum. Die wissenschaftliche Behandlung dieser Materie s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. §. 155., Runde deutsches eheliches Güterrecht. Oldenburg 1841., Duncker Lehre vom Gesammteigenthum. Marburg 1842.

Zu 11) Diejenige, welche unmittelbar aus dem Sachverhältniß entspringt; z. B. unter Miterben, Collegataren, oder aus einer Mehreren conferirten Schenkung, und in den Fällen einer confusio vel commixtio, s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 903.

Zu 12) Keiner kann ohne Zustimmung des Andern über die gemeinschaftliche Sache oder über einen ihm zugeschiedenen Antheil durch Veräußerung, Verpfändung, Verminderung ꝛc. disponiren, l. 28. D. 10. 3. — l. 1. l. 2. C. 4. 52. — l. un. C. 8. 21. — Ueber seinen ideellen Antheil aber kann Jeder disponiren, wie ihm beliebt,

wenn auch der Andere schon auf Theilung provocirt hätte — und wenn er über seine Befugniß hinaus das Ganze veräußert hätte, so wäre die Veräußerung gleichwohl für seinen Antheil wirksam, l. 1. l. 4. C. 4. 52., nur keine Servitut kann er auflegen, weil diese untheilbar ist, l. 2. D. 8. 1.

Besondere Bestimmungen über den Fall einer einseitigen Unternehmung eines Miteigenthümers an der gemeinschaftlichen Sache, z. B. da derselbe in einem gemeinschaftlichen Walde ein für einen Holzaufseher bestimmtes Wohnhaus erbaut hatte, enthält l. 28. D. 10. 3. etsi in re communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit; sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quodsi quid absente socio ad laesionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur. Das O.=A.=G. in Dresden zog hieraus unter der Bemerkung, daß man die l. 28. cit. im Zusammenhang mit l. 26. D. 8. 2. auffassen müsse und nicht blos den in c. 56. de R. J. in Vlto gegebenen Satz einzeln aus ihnen heraus nehmen dürfe, die Folge, daß der condominus in dem dritten der aufgestellten Fälle nur dann auf Entfernung des Werks zu klagen befugt sey, wenn er beweist, daß es ihm, oder, was auf dasselbe hinausläuft, der Genossenschaft nachtheilig sey, s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1844. S. 393.

---

§. 106.

9. Von verschiedenen Erwerbungsarten des Eigenthums.*)

Wenn wir die Thatsachen, durch welche das Eigenthum erworben wird, durchgehen, so finden wir, daß sie sich unter zweierlei Kategorien unterordnen lassen, nämlich:

I. derivative — durch den Eintritt in ein bisher bestandenes Eigenthum — wie Tradition oder eine dieser vergleichbare Erwerbsart, der vom Eigenthümer abgeleitete und

*) Von den verschiedenen Arten der Tradition s. oben Kap. I. §. 84.; desgl. wie das Eigenthum an Früchten erworben werde, Bd. I. Kap. VI. §. 35. Nr. 5. cf. l. 6. D. 39. 5. — von der Alluvion ꝛc. oben Kap. II. §. 93. Nr. 1. u. 3. — von der Fischerei ibid. Kap. II. §. 96. — von der Jagd ebend. §. 100. Eine Singularität bei Eigenthums-Uebertragungen von Seite des fiscus oder des Regenten, s. §. ult. J. 2. 6. — l. 2. l. 3. C. 7. 37.

von diesem gestattete Fruchterwerb, Adjudication in den judiciis divisoriis auf erhobene Theilungsklage, der Zuschlag an den Pfandgläubiger, die missio in possessionem ex secundo Decreto damni infecti nomine, der Eigenthumserwerb durch successio per universitatem oder durch Vermächtniß, wovon in den Kapiteln vom Erbrecht erst vollständig gehandelt werden kann; endlich Erwerb zufolge einer Verwirkung des vorigen Eigenthümers zur Strafe.

II. originäre, wie Occupation, Cultur, Separation und die verschiedenen Arten der Accession, Commixtion, Specification ꝛc., Ersitzung.

a) Tradition.*)

1) Was wird dazu erfordert, daß die Besitzübertragung (traditio), wobei übrigens possessio vacua immer vorausgesetzt werden muß, zugleich Eigenthumsübertragung werden könne?

1 a) Wird letztere auch schon durch Zufertigung eines Kaufbriefs bewirkt?

2) Wird dem Empfänger das Eigenthum erworben, wenn ein Nichteigenthümer tradirt hat, welcher aber in der Folge wirklich Eigenthümer wurde?

3) In welchen Fällen erwirbt Jemand durch Tradition einem Andern, ohne sein Stellvertreter zu seyn, oder wann lassen die Gesetze eine unfreiwillige Repräsentation eintreten?

4) Welchen Einfluß hat der Irrthum auf die Giltigkeit der Tradition?

5) Bleibt die Tradition giltig, wenn das zum Grunde liegende Rechtsgeschäft oder insbesondere beim Kauf das Borgen durch Betrug veranlaßt worden ist?

6) Können Kirchen, milde Stiftungen und Städte das Eigenthum auch ohne Tradition durch bloßen Vertrag per transitum legalem erwerben?

Zu 1) Nächst der freien Dispositionsbefugniß und der rechtlichen Fähigkeit, einerseits Eigenthum zu übertragen, anderseits Eigenthum zu erwerben, sowie der darauf gerichteten beiderseitigen Willensbestimmung wird eine justa causa praecedens, d. i. ein Rechtsgeschäft erfor=

*) Vergl. oben Kap. I. §. 84. F. 1. u. 2. Vom Besitz und dessen Uebertragung durch Stellvertreter.

dert, durch welches diese beiderseitige Absicht realisirt wird, l. 31. pr. D. 41. 1. Warnkönig im civilist. Archiv Bd. VI. no. 4. Eine nichtige causa wäre es z. B., wenn der Mann seiner Frau während der Ehe ein Gut schenken würde. Beim Kauf ist noch besonders erforderlich, daß der Kaufpreis entweder bezahlt oder creditirt sey, §. 41. J. 2. 1. — l. 19. l. 53. D. 18. 1. — Heise u. Cropp jur. Abh. Bd. I. no. 21., s. jedoch folgende Fr. 5.

[Ueber die justa causa traditionis als Voraussetzung des Eigenthumsübergangs, eine seit lange lebhaft behandelte Streitfrage, vergl. Arndts Pand. §. 145. Anm. 4., v. Savigny Oblig.-R. II. §. 78., v. Vangerow Leitfaden I. §. 311. Anm. 3., v. Scheurl Beiträge z. Bearb. d. R. R. I. S. 191 ff., Strempel Ueb. d. justa causa bei der Tradition (1856). Letzterer bestreitet, daß die justa causa Requisit des Eigenthumsvertrags sey, und behauptet, daß sie nur eine für Erschließung des Eigenthumswillens concludente Thatsache bilde, „indem man aus dem Grunde (causa) auf den Zweck (Willen) schließt"; dies wird namentlich aus der Condictionenlehre entwickelt; von den hier hauptsächlich in Betracht kommenden zwei Stellen: l. 18. pr. D. 12. 1. (Ulp.) und l. 36. D. 41. 1., (Julian) bemerkt er, daß eine Vereinigung wohl nie gelingen werde, daß die erstere Stelle sich nur mit der Frage nach der Existenz der obligatio beschäftige und also nur die Möglichkeit einer Rückforderung des verlornen Eigenthums durch persönliche Klage im Auge habe, und daß die dritte Stelle: l. 25. §. 1. D. 7. 1. (Ulp.) von der dem Sklaven gewährten Administration, zu welcher die fragliche Eigenthumsübertragung nicht mehr gerechnet werden könne, handle (S. 39. 40.). Einen Vereinigungsversuch rücksichtlich der drei Stellen macht auch Dernburg Arch. f. civil. Prax. Bd. 40. S. 1—23., indem er sie in Einklang mit dem Dogma bringt, daß der Eigenthumsübergang nicht davon abhängig sey, ob der Zweck, welchen der Geber durch sie erreichen wollte, und welcher den Grund der Vornahme des Rechtsaktes bildete, wirklich erreicht sey; nach Dernburg handelt Ulpian in l. 18. cit. von dem besonderen Falle, da die Parteien sich über ihre Zwecke ausdrücklich erklärt hatten („quasi donaturus") und eine Uebereinstimmung betreffs der causa nicht erzielt war. Ausführlich endlich hat sich Schütze in Bekker's Jahrbuch III. S. 429—442. mit l. 18. cit. beschäftigt und gelangt zu der Annahme, daß Ulpian mit dem Worte „magisque" einen ganz neuen, ihm gleichsam beiläufig einfallenden Fall einschalte, den nämlich, daß der Empfänger gar nicht eine Eigenthum gebende causa im Sinne habe („Ja noch mehr, die Geldstücke

gehen nicht einmal in das Eigenthum des Empfängers über, wenn er etwa in einer anderen Meinung z. B. als Commodat, also zu Detention, empfangen hat").]

Zu 1 a) Es ist besonders nach germanischen Rechtsprincipien nicht zweifelhaft, daß im Allgemeinen in der auf der Contrahenten Antrag erfolgten gerichtlichen Ausfertigung und Uebergabe des Kaufbriefs auch die Uebertragung des Eigenthums des verkauften Objects an den Käufer gefunden werden muß, Danz deutsch. Privatr. Thl. II. S. 439., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 160. (7. Aufl.). Es kommen übrigens schon in den römischen Gesetzen l. 1. C. 8. 54. — l. 44. §. 5. D. de legat. I. (30.) l. 59. D. de legat. III. (32.) bestimmte Zeugnisse vor, daß man die Hingabe der einen Gegenstand betreffenden Documente der wirklichen Hingabe der Sache wenigstens in gewissen Fällen gleich erachtete. Wenn man das Wesen der römischen Tradition betrachtet, welche als eine ernstliche unter Hinweisung auf die näher oder auch entfernter befindliche Sache abgelegte Erklärung des Besitzers, daß er dieselbe nun als Eigenthum des gegenwärtigen Mitcontrahenten betrachtet wissen wolle, §. 40. J. 2. 1., bekanntlich unter verschiedenen Formen geschehen kann, s. Glück Thl. VIII. §. 580 rc., so ist in der That nicht abzusehen, wie eine solche Erklärung auf eine unzweideutigere Art abgelegt werden kann, als wenn die Contrahenten vor der zur Aufnahme solcher Acte angeordneten Behörde, in deren Sprengel das zu tradirende Immobile gelegen ist, erscheinen, und auf gerichtliche Ausfertigung eines die eigenthümliche Uebertragung desselben bezweckenden Vertrags und folgeweise Transscription in dem Lagerbuche antragen.

Unerheblich ist dabei der Umstand, daß etwa der Kaufbrief dem Käufer nicht von dem Verkäufer, sondern vielmehr geradezu von der Notaritätsbehörde übergeben wird, indem nämlich die mit des Verkäufers Vorwissen von Seite der Staatsbehörde erfolgende Ueberlieferung der eigenen Hingabe gleich ist, s. Erk. des O.=A.=G. zu Wiesbaden in Flach Entscheidungen Thl. I. S. 22.

Der Käufer kann dann, auch wenn er nie Besitz erlangte, die rei vindicatio anstellen, arg. l. 1. C. 8. 54. — l. 44. §: 5. D. de leg. I. (30.) — l. 59. D. de leg. II. (31.) Ganz wie ein solcher Urkundeninhaber, muß ein Legatar, dem daß Immobile beschieden wurde, behandelt werden, l. 80. D. de leg. II. (31.) Flach a. a. O. S. 18. Auch das O.=A.=G. in Cassel ließ Ao. 1840. zu, daß der mit der gerichtlichen Bestätigung seines Erwerbs ausgerüstete Käufer die act. Public. auf den Besitz seines Autors stützte, indem jene Bestätigung

zu den in l. 1. §. 2. l. 2. 3. 12. §. 1. D. 6. 2. angeführten Ausnahmsfällen von der Regel, daß die act. Public. vom Kläger nur wegen einer res sibi tradita angestellt werden könne, einen neuen hinzufüge, s. Strippelmann Entsch. Thl. VII. S. 237.

[Mit der Ansicht, daß die Eigenthumsübertragung schon durch Zufertigung eines Kaufbriefs bewirkt werden könne (vergl. oben Kap. I. §. 84. zu Fr. 3.), befindet sich der Verfasser in unzweifelhaftem Widerspruch zu der heutigen Theorie. Die Idee einer symbolischen Tradition wird heutzutage fast allgemein verworfen. Am längsten behauptete sich rücksichtlich des Connossements im Seeverkehr der Gedanke, daß die Urkunde bei der Rechtsübertragung die Stelle der in ihr bezeichneten Sache (Waare) vertrete, indeß ist auch hier dieser Gedanke ziemlich allgemein aufgegeben, s. Thöl Handelsrecht §. 80. Unter einen ganz fremden Gesichtspunkt fällt das vom Verf. aufgeführte Beispiel von der Ingrossation ins Grundbuch, durch welche nach dem neueren Ingrossationssystem (vergl. unten zu Ende dieses §. 106.) allerdings das Eigenthum ohne Weiteres auf den Ingrossirten übergeht; hier ist es aber nicht der Kaufbrief, sondern der Formalakt der gerichtlichen Eintragung, welcher das Eigenthum gewährt. Durch dieses System ist eine bedeutende Abweichung vom Prinzip des Röm. R. begründet, welches immer Präsenz des Objekts forderte, und auch heute aus praktischen Gründen (Bestimmtheit der Identität und Beschränkung doloser Veräußerungsverträge) festgehalten werden müßte, wenn nicht die publicistische Einrichtung der Grundbücher den Realbestand der Grundstücke gewissermaaßen in den idealen Rahmen der Grundfolien transponirt hätte. Aber das gilt eben nur für Immobilien. Nur in Betreff der Seeschiffe, welche aber in der That auch eine gewisse Aehnlichkeit mit Grundstücken haben, gilt noch der Satz, daß zum Eigenthumsübergang nicht unbedingt Tradition erfordert wird. So erkannte das Lübecker O.=A.=G., es sey nach den Grundsätzen des allgemeinen Seerechts für die Eigenthumsübertragung an einem auswärts befindlichen Schiffe genügend, wenn ein schriftlicher Akt darüber aufgenommen wird und die zur Legitimation des bisherigen Eigenthümers dienenden Schiffspapiere zum Zweck des Eigenthumsübergangs übergeben werden; s. Seuffert's Archiv VIII. No. 111. Vergl. ebendas. XI. No. 213., Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. III. S. 195. und Allg. Deut. Hand.=G.=B. Art. 435. 439.]

Zu 2) Die Convalescenz des Rechtsgeschäfts bewirkt auch die Giltigkeit der Tradition, l. 42. D. 41. 3. cf. l. 1. pr. D. 20. 1. — l. 5. C. 8. 16. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 255.

Zu 3) Wenn der Vormund mit dem Gelde des Mündels etwas kauft, l. 2. D. 26. 9. — l. 2. C. 5. 39. — ingleichen, wenn Jemand mit dem Gelde eines Soldaten eine Sache erwirbt, l. 8. C. 3. 32. — l. 2. C. 5. 16.

Zu 4) War der Irrthum von der Art, daß Tradent und Empfänger nur in der causa praecedens Verschiedenes im Sinne hatten, so schadet er nicht, wenn nur jedes der im Sinne gehabten verschiedenen Geschäfte zur Erwerbung des Eigenthums geschickt war, l. 36. D. 41. 1. — Glück Thl. VIII. S. 121. Doch ist eine condictio sine causa nicht ausgeschlossen, so lange das Gegebene noch nicht consumirt ist, l. 18. D. 12. 1. Verschiedene Erklärungsarten dieses Gesetzes s. Glück Thl. VIII. S. 113., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 311. not. 3. Die Tradition bleibt auch dann giltig, wenn das vorausgesetzte Geschäft nicht einmal wirklich, sondern nur in der Meinung beider Theile existirte, l. 15. §. 1. D. 12. 6. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. I. S. 307. (§. 29.)

Schädlich ist der Irrthum, wenn in Ansehung der Identität des Objects geirrt ward, l. 34. pr. D. 41. 2. — l. 2. §. 6. D. 41. 4. — und wenn ein Irrthum über das Eigenthum an der Sache obwaltete, l. 35. D. 41. 1. — cf. l. 9. §. 2. D. 18. 1. — doch steht in dem Fall, wenn der Eigenthümer im Auftrag eines Andern eine ihm doch selbst eigenthümliche Sache tradirt hat, seiner hinterher versuchten Vindication exc. doli von Seite des Erwerbers entgegen, l. 49. D. 17. 1. Mühlenbruch Cession S. 130.

Zu 5) Sie bleibt demungeachtet giltig, l. 7. pr. D. 4. 3. — l. 10. C. 4. 44. Der Betrug begründet dem Verkäufer nur gegen den Käufer ein Recht auf Annullirung des Geschäfts, Thibaut System §. 452. u. 738., v. Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. II. S. 307. (§. 29.), Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 256. A. M. ist Weber in den Beiträgen zu der Lehre v. d. Klagen u. Einr. Bd. I. S. 84. cf. l. 13. §. 1. l. 14. D. 4. 4.

Zu 6) Die ältere, von Thibaut, ungeachtet er sie noch in der 8. Ausg. seines System d. P.-R. §. 738. für falsch erklärte, doch später im civilist. Archiv Bd. XX. S. 1. wieder in Schutz genommene bejahende Meinung ist auf die l. 23. pr. C. de S. S. Eccles. (1. 2.) gegründet worden, aber ohne hinlänglichen Grund; denn diese Stelle spricht, wie v. Vangerow in seinen Pand. Bd. I. §. 311. not. 4. klar darlegt, blos von der Verjährung der den Kirchen zustehenden Klagen, und will den 100jährigen Zeitraum nicht allein für persönliche, sondern auch dingliche Klagen und namentlich auch für

die Pfandklage zulassen. Uebereinstimmend hiermit ist auch Glück Thl. XVII. S. 218., Schweppe R. Privatr. §. 242., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 125.

---

b) Occupation.

1) Da der Eigenthumserwerb durch Occupation eine herrenlose Sache voraussetzt, so fragt sich, welche Gegenstände h. z. T. noch als herrenlos angesehen werden können, und folglich in wie weit an Thieren, an verborgenen Schätzen, an im Kriege erlangter Beute und dergl. das Eigenthum durch Occupation erworben werde?

2) Ist die in l. 8. C. 11. 58. begründete Erwerbungsart des ager desertus durch Cultur noch h. z. T. geltend?

Zu 1) Die römischen Rechtsgrundsätze in Ansehung der Jagd und der Fischerei sind, wie oben schon bemerkt wurde, h. z. T. durch die Entstehung der Regalien außer Anwendbarkeit, s. Gesterding vom Eigenthum §. 15. — Inseln im Meere und Naturproducte, welche das Meer ausspült, sind noch immer Gegenstand der Occupation, s. Thibaut System §. 739. (Ed. 8.) Verlorne oder in der Noth über Bord geworfene Sachen sind jedoch nicht als herrenlos zu betrachten, §. 48. J. 2. 1. — Dig. 41. 7. — Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 245., man vermuthet aber die Dereliction derselben, so lange sich der Eigenthümer nicht meldet, l. 43. §. 11. D. 47. 2., und die Occupatian gibt dem Finder einen Verjährungstitel gegen den Eigenthümer, Thibaut a. a. O., Zachariä über die durch Ueberschwemmung fortgerissenen Sachen §. 6. Wittenberg 1799.

Ein verborgener Schatz kann nur zur Hälfte durch Finden erworben werden, weil er nach den Gesetzen zur andern Hälfte als Accession des Grundeigenthums gilt, obwohl nicht durchaus unbestritten, wenn man den Schatz in einem locus sacer oder religiosus findet, nach §. 39. J. 2. 1., welcher Gesetzstelle jedoch in Betreff des locus religiosus die l. 3. §. 10. D. 49. 24. derogirt, v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 311. (§. 36.), Köchy civilist. Erörterungen Bd. I. S. 227., Ortloff Comm. jur. Rom. de thesauris pag. 25. etc. Erlang. 1818., Sell Dingliche Rechte S. 89., Böcking Institut. §. 150 a. E. [Die Schatzfindung ist, wie Böcking Institut. II. §. 150. S. 129. richtig bemerkt, ein zwischen occupatio und accessio

innestehender Erwerbsgrund. Die Hauptstelle (von Paulus) in l. 31. §. 1. D. 41. 1. spricht von pecunia, worunter aber überhaupt Sachen von Werth, z. B. auch Geschmeide, Waffen, Statuen, verstanden werden. Sachen von Werth nun sind ebenfalls gewisse Fossilien, z. B. Mamuthknochen, menschliche Skelette, namentlich gut conservirte Hirnschädel, welche bei der Grabung von Hausgründen oft aufgedeckt werden, z. B. auf alten Schlachtfeldern. Es fragt sich daher, ob solche Funde unter den Gesichtspunkt des thesaurus oder einer res nullius, quae primo occupanti cedit, oder aber einer einfachen accessio (als pars fundi) fallen. Als Theil des Grundstücks (jure accessionis) dürften jene Stücke wohl kaum angesehen werden; gegen die Annahme eines thesaurus im eig. S. scheinen die legalen Bezeichnungen: „vetus quaedam depositio" in l. 31. cit. und „condita ab ignotis dominis mobilia" in l. 2. C. Theod. 10. 18. zu sprechen, denn als Hinterlegungen können weder Verschüttungen durch Erdschichten, noch Bestattungen von Leichnamen, und auch die Bestattenden (bez. die Hinterlassenen) nicht als domini des Leichnams gelten; da nun die ganze römische Satzung von der thesauri inventio, wie schon deren Geschichte bezeugt, durchaus positiver Natur ist, so empfiehlt sich eine strenge Interpretation derselben und dem entsprechende Begrenzung des Schatz-Gebietes, so daß obige Funde unter den Gesichtspunkt der einfachen occupatio rei nullius fallen. Bei der Verschüttung ganzer Ortschaften, welche heutzutage ausgegraben werden, kehrt obige Frage, und zwar im größten Maaßstabe wieder.] Der Erwerb eines Schatzes durch Finden setzt übrigens immer voraus, daß man nicht absichtlich und ohne oder wider Willen des Eigenthümers nachgegraben hat; denn sonst erhält der Eigenthümer des Grundes den Schatz selbst, Köchy a. a. O., Thibaut a. a. O., Sell Versuche Thl. I. no. 3. u. 4., Wening-Ingenheim a. a. O. (§. 36.) Das Nachgraben muß also zufällig stattgefunden haben, was auch den zu andern Zwecken gedungenen Tagelöhnern und Arbeitern zu Statten kommt, l. 67. D. 6. 1. — l. 63. §. 2. u. 3. D. 41. 1. [Es ist streitig (und auch für den criminalrechtlichen Thatbestand der Unterschlagung wichtig, zu entscheiden), ob das Eigenthum am gefundenen Schatze dem Grundeigenthümer bezieh. Fiskus, insoweit diese am Erwerb theilnehmen, ipso jure zufällt oder nur durch Tradition seiten des Finders gewährt werde; das letztere, also nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Finder, behaupten Puchta Pand. §. 154. und Vorles. I. S. 300., Seuffert Pandectenrecht §. 130., Böcking Instit. §. 150. Anm. 35., wogegen W. Sell Versuche I. 4. §. 4., Schmid Handb. d. bürg.

R. I. Anm. 66., Pagenstecher Lehre v. Eigenth. II. S. 88., Brinz Pand. I. S. 193., Arndts Pand. (von der 2. Aufl. an) §. 154. Anm. 6., Windscheid Lehrb. I. §. 184. Anm. 10. auf Grund von l. 3. §. 10. D. 49. 14. und l. 63. D. 41. 1. sich mit Recht für die andere Ansicht, welche auch vom Berl. Obertribunal, abweichend vom Münchener O.=A.=G., festgehalten worden ist (Seuffert's Archiv XI. No. 15.), erklären. — Ebenso ist streitig, ob die gegebenen Grundsätze über die Schatzerwerbung auch auf Schätze, die in Mobilien, z. B. in Schränken, Wagen, alten Kleidern u. s. w. gefunden werden, anwendbar seyen; Böcking Instit. §. 150. Anm. 31. verneint wegen l. 44. pr. D. 41. 2. und l. 67. D. 6. 1., wogegen W. Sell Versuche I. 3., K. Sell Dingl. Rechte S. 90., Pagenstecher a. a. O. S. 90., Brinz Pand. I. S. 193. und Windscheid Lehrb. I. §. 184. bejahen.] Von dem auf einem emphyteutischen Grunde gefundenen Schatze s. unten Kap. IV. Fr. 7.

Die Eigenthumserwerbung durch Erbeutung feindlichen Besitzthums im Kriege ist im heutigen Recht meistens dahin eingeschränkt, wenn dem Soldaten Plünderung erlaubt war. Außerdem gehört die Beute dem Staate, s. Thibaut a. a. O. und Heffter Europ. Völkerrecht §. 130—140. 150 ff.

[Die Findung (inventio) einer nicht derelinquirten, sondern nur verlorenen (abhanden gekommenen) Sache begründet nach Röm. R. keine Veränderung im rechtlichen Schicksal der Sache, wogegen nach deutschrechtlichen Anschauungen die inventio der occupatio verwandt erscheint. Bei der Ausbildung der Praxis und Partikulargesetzgebung „haben namentlich publicistische Tendenzen vorgeherrscht, auch von strafrechtlicher und polizeilicher Natur, wodurch dem Finder besondere Pflichten auferlegt, aber auch besondere Rechte eingeräumt werden, und wobei zugleich eine Anwendung des Prinzips der Regalien hervortritt, worauf der unter Umständen der Obrigkeit zufallende Antheil am Gefundenen zurückzuführen seyn dürfte"; Sintenis Civilrecht I. §. 50. Anm. 4. Gemeinrechtlich besteht für den Finder keine Pflicht, den Fund bei der Obrigkeit anzuzeigen oder den Verlierer aufzusuchen, wenn er nur sich absichtlicher Verbergung nicht schuldig macht; Sell Lehre v. Eig. S. 84 ff., Windscheid Lehrbuch I. §. 184. Anm. 7. Partikularrechtlich finden sich andere Grundsätze, so: daß der Finder den Fund bei der Obrigkeit anzeigen und diese Ediktalladung mit Präclusivtermin erlassen muß, mit dessen Verstreichung der Eigenthümer sein Eigenthum (an den Finder) verliert, ferner daß dem Finder, wenn der Verlierer sein Eigenthum rechtzeitig

geltend macht, doch ein Finderlohn gebührt. Daß diese Grundsätze gemeinrechtlich geworden seyen, hat Delbrück Jahrb. f. d. Dogmatik III. S. 1—57. zu beweisen versucht, indeß unter Widerspruch von Sintenis a. a. O. und Windscheid a. a. O. Vergl. auch Walther Ueber den Funddiebstahl (München 1848.) und Diez Zur Lehre vom s. g. Funddiebstahl im Hess. Archiv f. pract. Rechtswiss. VII. S. 111—125.]

Zu 2) Die angeführte lex de omni agro deserto, daß nämlich derselbe durch Occupation, verbunden mit einer 2 Jahre fortgesetzten Cultur derselben, von dem Bebauer eigenthümlich erworben werde, halten einige neuere Rechtsgelehrte, namentlich Ballhorn obs. ad l. 8. C. de o. a. d. (11. 58.) Göttingen 1803., Schröder in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 288., h. z. T. besonders darum für unanwendbar, weil die cultura bei uns nicht mehr als modus acquirendi behandelt werde, sie sich zunächst auf die Colonate der römischen Kaiser beziehe und der tit. Cod. 11. 58. wegen veränderter Umstände in Deutschland weder angenommen noch anwendbar sey. Allein für die Reception des röm. Rechts spricht die allgemeine Vermuthung so lange, bis eine rechtsbeständige Ausnahme erwiesen wird (s. Weber Reflexionen ꝛc. Schwerin 1782.) Die gemeinrechtliche Vorschrift ist aber auch der heutigen Landwirthschaft und dem Ackerbau angemessen und harmonirt selbst mit dem alten deutschen Recht, s. Eisenhart Sprüchwörter: „Geht der Busch dem Reuter an den Sporn, so hat der Unterthan sein Recht verlor'n". Die heutige Anwendbarkeit, da, wo es an Landesgesetzen oder besonderem Herkommen fehlt, behaupten Hagemann prakt. Erörter., fortgesetzt von Spangenberg Bd. VIII. S. 22., Schweppe im röm. Privatr. §. 234., Leyser med. ad Pand. Sp. 443. Med. 1—3., Berg Polizeirecht Bd. III. S. 259. Auch Mühlenbruch hat in seinem Lehrbuch d. Pand. R. die in der Doctr. Pand. Ed. III. angenommene gegentheilige Meinung in Bd. II. §. 247. not. 19. zurückgenommen und dabei bemerkt, daß v. Savigny bei seiner Erklärung der l. 11. C. unde vi auf die l. 8. cit. nicht die gehörige Rücksicht genommen habe, und die hier sich zeigende Schwierigkeit leicht beseitigt werde, wenn man die l. 8. C. auf vernachlässigte tributpflichtige Grundstücke bezieht, Struben rechtl. Bedenken Bd. II. no. 73., Albrecht Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle Bd. II. S. 335. Vergl. auch Schmid Handb. d. bürg. R. I. Anm. 50., Böcking Instit. §. 150. Anm. 30. und §. 154. a. E. und v. Vangerow Leitfaden I. §. 313.

Von dem Mulisenrecht s. Siebenkäs jurist. Magazin Bd. II.

S. 259. und Arx Geschichte des Buchsgau S. 93. Oftmals sind solche wüste Aecker, die durch Verwachsung oder Verlassung für den Eigenthümer verloren gegangen sind, in bloße Weideplätze umgeschaffen worden, und im Preußischen werden solche wüste Aecker für Hufenschlag geachtet, den jeder Bauer verfolgen und mit obrigkeitlicher Bewilligung wieder urbar machen kann, Fischer Lehrbegriff sämmtlicher Kammer- und Polizeirechte Bd. II. §. 1075. Aehnliche Bestimmungen findet man auch in den bayerischen Culturverordnungen, s. Mayer'sche Generaliensammlung S. 1012. — Doch kann die Freiheit des Eigenthums in Ansehung des Wiederanbaues solcher Gründe durch die von Andern darauf erworbenen Dienstbarkeitsrechte, z. B. Trift- und Weidegerechtigkeit, sehr eingeschränkt seyn, s. Töpfer D. de servitute rustica agrorum incultorum culturam prohibente §. 17. — Keineswegs steht übrigens dem Staate ein Recht an öde liegenden Gründen zu, wo dies nicht speciell in Gesetzen ausgesprochen ist, s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. §. 162., Gründler Polemik des germanischen Rechts Thl. I. S. 266., Krause D. de eo, quod justum est circa praedia deserta. Lips. 1724.

---

c) Specification.

1) Nachdem sich der Rechtsbegriff von Specification als Erwerbsart des Eigenthums dahin fixirt hat, daß darunter eine solche Umwandlung der Substanz verstanden wird, welche die Zurückführung in die vorige Gestalt nicht mehr zuläßt, sey es nun, daß ein roher Stoff erst gestaltet oder ein schon verarbeiteter in eine neue species umgewandelt werde, wenn nur die Sache als eine neue erscheint: so fragt sich doch öfters in concreto, durch welche Handlungen dieser Begriff verwirklicht wird?

2) Wenn der Grund der Eigenthumserwerbung durch Specification darin gefunden werden kann, daß die Sache das nicht wieder werden kann, was sie gewesen ist, und das, was sie geworden ist, vorher Niemands Eigenthum war (l. 7. §. 7. D. 41. 1.): so scheint doch ein bedeutender Unterschied obzuwalten, je nachdem ich ganz fremden Stoff durch Verarbeitung zu einer andern Sache mache oder eine Vermischung fremden Stoffes mit meinen eigenthümlichen Stoffen vornehme; sollte ich im letztern Fall nicht unbedingt das Eigenthum erwerben?

3) Ist zum Erwerb durch Specification nothwendig, daß der Verarbeiter fremder Materie in bona fide sey?

4) Ist Derjenige, welcher bona fide specificirt hat, dem Eigenthümer des Stoffs zur Entschädigung verbunden?

Zu 1) In l. 26. §. 3. D. 41. 1. — §. 26. J. 2. 1. ist entschieden, daß im Färben keine Specification begründet ist, und eben so wenig gilt nach der gemeinen Meinung, ungeachtet der widersprechenden Institutionenstelle, §. 25. J. 2. 1., das Ausdreschen des Getreides, als bloßes Abstreifen der Hülle, für eine Specification, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 310., Sintenis Civilr. Bd. I. §. 50. Anm. 19., wohl aber, wenn Jemand aus meinen Trauben Wein keltert, aus meinem Getreide Mehl, aus meinem Holze ein Schiff gemacht hat, s. §. 25. J. 2. 1., v. Vangerow a. a. O., Sintenis a. a. O.

Zu 2) Gewöhnlich statuirt man: durch Specification aus fremder Materie erwerbe ich nur dann, wenn diese sich nicht in die ursprüngliche Gestalt zurückbringen läßt, außerdem wird der Herr der Materie auch Herr der Form;*) ist aber der neu gebildete Körper aus eigenem und fremdem Stoff zusammengesetzt, dann wird der Specificant unbedingter Erwerber, s. Thibaut System §. 743., v. Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. I. S. 313. (§. 39.), Mackeldey a. a. O. §. 246. Diese Unbedingtheit wird aus der indistincten Fassung der Schlußworte des §. 25. J. 2. 1. begründet. Dagegen erklärt sich neuerlich v. Vangerow a. a. O. §. 310. und nimmt unter Beziehung auf l. 5. §. 1. D. de R. V. (6. 1.) und l. 12. §. 1. D. 41. 1. an, daß auch in diesem Fall der Specificant das Eigenthum nicht anders erwerbe, als wenn sich die Sache nicht in ihre vorige Gestalt zurückbringen lasse. Uebereinstimmend ist Schweppe im R. Privatr. §. 241., Sintenis Civilr. Bd. I. §. 50. not. 16. und auch Puchta a. a. O. §. 137. scheint dies als absolutes Princip der Specification zu betrachten, ohne Unterschied, ob der Stoff ganz oder zum Theil eines Andern Eigenthum war.

---

*) und der Specificant kann nur, wenn er in bona fide war, für seine Arbeit Entschädigung verlangen, diesen Anspruch aber auch nur durch Retentionsrecht und exc. doli geltend machen, arg. §. 30—34. J. 2. 1. — l. 23. §. 4. D. 6. 1. Wer mala fide specificirte, hat nicht nur keinen Anspruch auf Entschädigung, sondern erwirbt auch das Eigenthum nicht unwiderruflich, wenn er als Dieb handelte, was Thibaut im System §. 743. und Sell in seinen Versuchen Thl. I. no. 5. von Jedem annehmen, welcher wissentlich eine fremde Sache specificirt.

Zu 3) Der von Lauterbach im Coll. th.-pr. Pand. Lib. 41. tit. 1. (s. auch die Commentare von Vinnius und Brunnemann und Stryck Us. mod. Pand. Lib. 41. tit. 1. §. 24.) als die herrschende erklärten Meinung, welche auch Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 70. not. 245., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 953., Schirmer Grundidee der Usucapion S. 160. und umfänglich Sell in den Versuchen Thl. I. S. 194. vertheidigt hat, daß nämlich Derjenige, welcher mala fide specificirt hat, dadurch nicht das Eigenthum an der neuen Species erwerbe, sind fast alle Rechtsautoritäten der neuern Zeit entgegen, s. Westphal System des röm. Rechts über die Arten der Sachen §. 461., Glück Thl. XIII. §. 840. S. 235., Thibaut System §. 743. (Ed. 8.), Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 265 ꝛc., Seuffert Erörter. Abthl. II. no. 4., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 252., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 129. (39.), v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 310. not. 2., Puchta Pand. §. 154., Mackeldey Lehrb. §. 246., Schilling Lehrb. §. 159., Pagenstecher Eigenthum II. S. 118., und dies ist ohne Zweifel die richtigere Ansicht. Die specificirte Sache ist nämlich als res exstincta zu betrachten, s. Gajus Comm. II. 79., die neu hervorgebrachte Sache ist vorher nicht da gewesen, und auf das Eigenthum an dieser kann es keinen Einfluß haben, ob der Untergang der früheren Sache bona oder mala fide herbeigeführt worden ist. Aber die Folge der Entwendung wird durch die Specification nicht aufgehoben, welche bei der mala fide unternommenen Specification eintritt; denn wer wissentlich die Specification der fremden Sache unternahm, handelte als ein Dieb, unterliegt daher der actio furti auf das Interesse und der condictio furtiva auf den neuen Körper, l. 13. l. 14. §. 3. D. 13. 1. — l. 52. §. 14. D. 47. 2. — Schweppe a. a. O. Gegen den dritten Besitzer geht freilich die condictio furtiva nicht, l. 5. l. 6. D. 13. 1., ob aber eine condictio sine causa stattfinde, wie Sell a. a. O. S. 215. not. 1. bezüglich des von Adjunctionsfällen handelnden §. 26. J. 2. 1. annimmt: exstinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et *quibuscunque aliis possessoribus* possunt — ist nicht außer allem Zweifel, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 241. S. 77. gegen Seuffert's Erörter. Abthl. II. no. 4.

Zu 4) Von Vielen wird dies verneint, weil kein Gesetz es besonders bestimmt hat. Richtiger aber ist wohl mit v. Vangerow a. a. O. §. 310. not. 3. anzunehmen, daß die bejahende Entscheidung aus dem allgemeinen Grundsatze: quod nemo cum damno alterius

locupletior fieri debet, l. 206. D. de R. J. (50. 17.) folge, und die Analogie der Grundsätze von der accessio, sowie die Bestimmung, daß der ehemalige bonae fidei possessor den Eigenthümer dann entschädigen müsse, wenn dieser seine Sache nicht mehr vindiciren kann, dafür spreche, s. Sell Vers. a. a. O. S. 89., Pagenstecher a. a. O. S. 122. Es ist aber auch möglich, daß der Specificant das Eigenthum nicht erwirbt, wenn es nämlich an den gesetzlichen Voraussetzungen der Specification fehlt. Dann kann er, wenn er in bona fide war, wegen Vergütung seiner Arbeit ein Retentionsrecht, wenn er aber in mala fide war, gar keinen Entschädigungsanspruch geltend machen, Sintenis a. a. O.

---

d) Accession.*)

Der Eigenthümer einer Sache erlangt von Rechtswegen:

a) das Eigenthum an allen organischen Erzeugungen derselben, und an allem dem, was derselben von außen her, ohne sein Zuthun, so zuwächst, daß es ein Theil derselben wird. Alle diese Fälle, z. B. Erzeugnisse des Bodens, Junge der Thiere, die Insel, die Alluvion und Avulsion**) haben das mit einander gemein, daß die Sache außerdem herrenlos seyn würde.

b) Wenn Sachen dergestalt mit einander verbunden oder vermischt werden, daß Trennung entweder gar nicht oder nicht ohne Schaden der einen oder andern Sache möglich ist, so erwirbt der Eigenthümer der Hauptsache auch das Eigenthum der mit ihr verbundenen Nebensache. In allen diesen

*) Einige Arten der Accession sind schon in Verbindung mit den Hauptmaterien in Betracht gezogen worden, z. B. Inaedificatio, s. oben Kap. II. §. 91. vom Recht der Gebäude — Alluvionen u. dergl. in Kap. II. §. 93. Säen und Pflanzen, in Kap. II. §. 99. Nr. 4. c. vom Baumrecht. Man pflegt zu unterscheiden zwischen accessio naturalis und industrialis. Erstere wird als Zufall betrachtet, welcher den dadurch Verlierenden zu keiner Entschädigungsforderung berechtigt, s. Köchy civilist. Erörter. no. I., Guyet Abhandl. no. X., bei der access. industrialis kommt es darauf an, ob der dadurch Gewinnende in bona oder mala fide war, s. Thibaut System §. 595., Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 250.

**) [Daß dieser Gedanke richtig sey, muß rücksichtlich der Alluvion und Avulsion bestritten werden, da die hinzukommenden Stücke durch ihre neue Verbindung natürliche Theile des Grundstücks werden.]

Fällen hatte die Nebensache vorher schon einen Eigenthümer, welcher sie außer dem Fall der Untrennbarkeit durch die actio ad exhibendum verfolgen und sofort vindiciren könnte. Sind nun die Sachen so innig verbunden, daß sie sich gar nicht, oder nicht ohne Schaden trennen lassen, so fragt sich:

1) Nach welchen Grundsätzen ist zu bestimmen, was als Hauptsache und was als Nebensache zu gelten hat? und was ist Rechtens, wenn sich dies nicht bestimmen läßt?

2) Wie ist der Entschädigungsanspruch des durch die Adjunction Verlierenden zu bestimmen, und zwar
   a) wenn Derjenige die Adjunction vorgenommen hat, welcher durch sie das Eigenthum an der Sache des Andern gewinnt? oder
   b) Derjenige, welcher die seinige dadurch an den Eigenthümer der Hauptsache verliert, und zwar im guten Glauben, nicht wissend, daß diese einem Andern gehört?

3) Vermischung fremder Körper wird zwar selten vorkommen, weil sie gewöhnlich abgesondert werden können; doch ist es insbesondere beim Geld der Fall, und deshalb fragt sich, was Rechtens sey in Hinsicht auf Eigenthum, wenn eine Schuld mit fremdem Gelde bezahlt, oder fremdes Geld als Darlehen gegeben worden, und vom Empfänger mit dem seinigen vermischt worden ist?

4) Wer erhält das Eigenthum, wenn flüssige Sachen verschiedener Eigenthümer auf solche Weise, daß sie sich nicht mehr ausscheiden lassen, zusammengegossen worden sind, vorausgesetzt, daß sie nicht von einerlei Qualität sind, und nicht blos durch Zufall oder mit beiderseitiger Einwilligung — denn in allen solchen Fällen entsteht bekanntlich von selbst Gemeinschaft, l. 3. §. 2. D. 6. 1. — die Vermischung vorgegangen ist?

Zu 1) Meistens wird hierüber nach Größe, Umfang und Werth der einen oder andern Sache entschieden werden müssen. Steht die eine zur andern in einem dienenden Verhältniß, es sey nun zum Vortheil oder zur Zierde derselben, so ist jene offenbar als Nebensache zu betrachten. Bei manchen Gegenständen haben die Gesetze specielle Bestimmungen hierüber gegeben, z. B. in Ansehung der Schriften sey das Material, bei Malereien das Gemälde und nicht die Leinwand

oder dergl. Stoff die Hauptsache, §. 33. J. 2. 1. — l. 9. §. 1. u. 2. D. 41. 1. — l. 23. §. 5. D. 6. 1. — Läßt es sich durchaus nicht entscheiden, was Haupt- oder Nebensache sey, so folgt wohl, daß Keiner das Ganze erwerben könne, mithin dieses gemeinschaftlich werden müsse, wenn nicht Jedem das Seinige als für sich bestehend überlassen werden kann, l. 27. §. 2. D. 41. 1. Thibaut System §. 741. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 336. (§. 57.), Pagenstecher Eigenthum II. S. 149 ff.

Zu 2) In beiden Fällen kommt es hauptsächlich darauf an, ob Derjenige, welcher die Adjunction vorgenommen hat, in bona oder mala fide war. Hiernach ist die Folge,

ad a) daß er, wenn er in bona fide war, dem Andern nur so weit, als er dadurch reicher geworden ist, Vergütung zu leisten hat, l. 5. §. 3. l. 23. §. 5. D. 6. 1., war er aber in mala fide, so haftet er, wie ein Dieb, für vollen Schadenersatz.

ad b) Wenn Derjenige, welcher zu seinem eigenen Nachtheil abjungirt hat, in bona fide war, so hat er blos ein Retentionsrecht, so lange er sich im Besitz befindet, und kann sich mit der exc. doli gegen den Vindicanten schützen; eine Klage ist ihm aber nicht gegeben, §. 33. u. 34. J. 2. 1. — l. 23. §. 4. D. 6. 1. — Marezoll in Löhr's Magazin Bd. IV. S. 366., Francke Beitr. zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Bd. l. no. 2 War er aber in mala fide, so verliert er allemal sein Eigenthum ohne Entschädigung, §. 30. u. 34. J. 2. 1. — l. 7. §. 12. D. 41. 1., doch ist damit sein Anspruch auf Vergütung nothwendiger Impensen nicht ausgeschlossen, l. 5. C. 3. 32.

Zu 3) In solchem Fall begründet die commixtio schlechthin Eigenthum, l. 78. D. 46. 3. — cf. l. 11. §. 2. D. 12. 1., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 251. not. a. Außerdem wird, wenn eine solche Vermengung trockener Sachen dergestalt eingetreten wäre, daß eine Aussonderung nicht möglich würde, dem Richter die Theilung ex aequo et bono heimgegeben, §. 28. J. 2. 1. — l. 5. pr. D. 6. 1., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. 1. S. 337. (§. 58.).

Zu 4) Das Zusammengießen wird dann als Specification angesehen, und Derjenige, welcher es vornahm, wird Eigenthümer des Ganzen, mit Vorbehalt der Entschädigung des Andern, l. 5. §. 1. D. 6. 1. — l. 12. §. 1. D. 41. 1. — §. 25. J. 2. 1. — Elvers allgem. jurist. Zeitung v. J. 1830. S. 61., Mackeldey Lehrbuch des h. R. R. §. 252. Pagenstecher a. a. O. S. 120.

e) Ingrossation.*)

[Auf germanischem Boden hat sich ein ganz neues System des Grund- und Hypothekenwesens gebildet, welches zwar noch nicht völlig den Karakter eines gemeinen Rechts in Deutschland erhalten hat, aber doch auf eine solche Anerkennung sichtlich hindrängt. Vom Verfasser ist dieses System noch als partikularrechtliches Institut angesehen und demgemäß von diesem Handbuche ausgeschieden worden. Mit jedem neuen Jahrzehend wird aber diese Fernhaltung als minder gerechtfertigt erscheinen, denn bereits spricht sich das allgemeine Rechtsbewußtseyn in Deutschland dafür aus, daß jenes System nicht blos für Hypotheken, sondern auch für die Eigenthumsverhältnisse angenommen, und daß seine Grundidee überhaupt consequent durchgeführt werden müsse, so daß es nur noch eine Frage der Zeit ist, ob das moderne Grund- und Hypothekensystem als ein Theil unsres gemeinen Rechts zu behandeln sey. Mit der Annahme dieses Systems bleibt zwar die Grundidee der dinglichen Rechte, wie wir sie aus dem Röm. Recht haben, bestehen, es wird aber dem System des Privatgeschäfts und der Tradition das System der publicistischen Eintragung (Inskription, Intabulation, Ingrossation) substituirt. Hiernach gestaltet sich der Eigenthumsübergang an Liegenschaften anders als nach Röm. Recht und heutigem Mobiliarsachenrecht, und erledigt sich z. B. die Collision zweier Käufer desselben Grundstücks auf einfache Weise. Vergl. Seuffert's Archiv XI. No. 116. Wenn A. dieselbe Sache zuerst dem B. und darauf dem C. verkauft, sodann sie Letzterem gegen Zahlung oder unter Creditirung des Kaufpreises tradirt hat, so kann nach Röm. R. B. seine Forderung aus dem früheren Kaufe nicht gegen C., sondern nur zur Erlangung einer Entschädigung gegen A. geltend machen; l. 15. C. 3. 32. — l. 6. C. 4. 39. — Anders verhält sich die Sache nach Deutschem Recht in denjenigen Ländern (z. B. im Königreich Sachsen), wo die Erlangung des Eigenthums an Liegenschaften an die Form des „Zuschreibens", des Eintrags in ein öffentliches Buch geknüpft ist. Ungeachtet der Tradition an C. kann bei dieser Einrichtung B. sein besseres Recht auf das „Zuschreibenlassen" gegen A. mit der Wirkung verfolgen, daß C. dagegen Einspruch zu erheben nicht befugt ist, vielmehr die Folge des erwirkten Eintrags, nämlich den Eigenthumsübergang an den B., auch gegen sich gelten lassen muß, daher die ihm tradirte Liegenschaft

*) Vergl. oben §. 106. zu Fr. 1. a. E.

gegen die Vindication des B. nicht behaupten kann. Dresdener O.-A.-G. in d. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XV. S. 116 ff.

Es liegt in der Konsequenz des Ingrossationssystems, daß eine Ersitzung an Immobilien nicht vorkommen kann.]

---

§. 107.

f) Ersitzung.

Inst. II. 6. Dig. XLI. 3—10. Cod. VII. 26—40. Nov. 22. c. 24. Nov. 119. c. 7. Nov. 131. c. 6. Gaj. II. §. 40. Pauli rec. sent. V. 2. Decr. Greg. II. 26. de praescript. Lib. Sext. II. 13. de praescript.

Bei der Ersitzung, als dem der Macht der Zeit gesetzlich eingeräumten Ergänzungsmittel der bei was immer für einer Erwerbungsart des Eigenthums*) sich findenden Mängel, fragt es sich:

1) An welchen Sachen ist, — wenn gleich Eigenthum daran erworben werden kann, — was natürlich zur Möglichkeit der Usucapion überhaupt vorausgesetzt werden muß, l. 9. D. 41. 3. — die ordentliche Verjährung ausgeschlossen, und zwar
   a) aus Rücksicht auf die Person, welcher sie gehören, und mithin auch nur so lange, als sie einer solchen begünstigten Person gehören?
   b) wegen eines vitium rei, oder wegen gewisser Eigenschaften, welche der Sache ankleben?

2) Es ist schon früher bemerkt worden, daß unter dem Verbot der Schenkungen unter Ehegatten der Fall nicht begriffen sey, wenn ein Gatte eine fremde Sache, welche er selbst nicht usucapiren konnte, dem Andern schenkt. Hiernach entsteht die weitere Frage, ob der beschenkte Gatte sie usucapiren könne?

3) Kann der beschenkte Ehegatte eine ihm von dem andern Ehetheile geschenkte Sache schon während der Ehe, wenn diese vor Ablauf der Verjährungszeit getrennt worden ist, usucapiren?

---

*) Nach diesen verschiedenen Erwerbungsarten sind bekanntlich auch die Verjährungstitel benannt, z. B. pro emtore, pro derelicto etc.; weil aber bei manchen Erwerbsgründen der Usucapionstitel sich auf eine bündige Weise nicht speciell bezeichnen läßt, so sagten die römischen Juristen in solchen unbenannten Fällen, er usucapire von Rechts wegen (pro suo), l. 2. D. 41. 10.

4) Zufolge der l. 25. D. 24. 1. ist in Beziehung auf Usucapion kein Unterschied, die res aliena mag unter Lebenden oder auf den Todesfall geschenkt seyn; wenn demnach in beiden Fällen der beschenkte Gatte durch Usucapion die geschenkte Sache vom Augenblick der Tradition an usucapiren kann, erwirbt er sie im zweiten Fall auch dem schenkenden Ehegatten gegenüber, welcher eine donatio mortis causa bis zum letzten Augenblick seines Lebens widerrufen konnte?

5) Da bekanntlich Dotalsachen in dem no. 1 b. beschriebenen Maße der Usucapion gesetzlich entzogen sind, so fragt sich insbesondere noch, ob auch die, vor der Bestellung in dotem schon an dem nachher dotal gewordenen Grundstück angefangene, Usucapion durch die datio in dotem unterbrochen werde?

6) Es ist oben no. 1 b. in Betreff fundus dotalis bemerkt worden, daß, weil hier ein gesetzliches Veräußerungsverbot vorliegt, auch die Usucapion als ausgeschlossen oder verboten angenommen werden müsse. Es fragt sich indessen, ob dies überhaupt als allgemein geltender Grundsatz behauptet werden könne?

7) Hat ein richterliches, oder vertragsmäßiges, oder testamentarisches Veräußerungsverbot dieselbe Wirkung in Beziehung auf Usucapions-Unfähigkeit, wie das gesetzliche?

8) Findet in Ansehung aller Rechte und in allen Rechtsverhältnissen Verjährung*) statt? und wie ist der Beweis der Ersitzung zu führen?

9) Kann die Verjährung [Ersitzung?] in ihren rechtlichen Wirkungen durch Privatübereinkunft ausgeschlossen werden?

10) Da zur Ersitzung der Besitz nicht schlechthin genügt, sondern derselbe mit justa causa und bona fides, und zwar mit letzterer nach canonischem Recht die ganze Ersitzungszeit hindurch, verbunden seyn muß: so fragt sich, wie denn eigentlich der Erwerbsgrund beschaffen seyn müsse, um dem gesetzlichen Erforderniß der justa causa zu entsprechen?

10a) Können die Folgen der Ersitzung eines Realrechts von demjenigen, welcher die Leistung 10—20 Jahre beobachtet hat,

*) [Klagenverjährung und Ersitzung sind ganz verschiedene Rechtsinstitute, wie jetzt allgemein anerkannt ist; der gemeinsame Ausdruck „Verjährung" für beide führt zu einer Verwischung der Grenzlinie, deren auch der Verf. sich einige Male z. B. zu Fr. 9. schuldig macht.]

durch Berufung auf Irrthum und Nachsuchung der Restitution abgewendet werden?

11) Ist bei dem durch einen Stellvertreter erworbenen Besitz die bona fides des Principals oder des Stellvertreters nöthig? oder Beider? und muß scientia domini allemal erwiesen seyn?

12) Nachdem die alte usucapio pro herede, welche darin bestand, daß Jeder aus einem Nachlasse Sachen, bewegliche oder unbewegliche, an sich ziehen, und in einem Jahre, ohne alle Rücksicht auf bona oder mala fides, ersitzen konnte, durch das neuere Recht aufgehoben worden ist, und auch die des bonorum possessor, um quiritarisches Eigenthum zu erwerben, nicht mehr vorkommen kann, so ist h. z. T. die usucapio pro herede nur auf zweierlei Art denkbar:
   a) indem sich der Erbe eine Sache irrig als zur Erbschaft gehörig denkt, welche es nicht ist, und welche auch nicht im Besitz des Erblassers war; denn wäre dieser schon Besitzer und in conditione usucapiendi gewesen, so braucht der Erbe nur den Besitz seines Erblassers fortzusetzen, ohne erst einer usucapio pro herede zu bedürfen; war aber der Erblasser nicht in der Lage, usucapiren zu können, so kann es auch der Erbe trotz seiner eigenen bona fides nicht, l. 11. D. 44. 3. — l. 4. D. 41. 5.
   b) wenn ein Nichterbe aus einem entschuldbaren Irrthum glaubt, Erbe zu seyn, l. 33. §. 1. D. 41. 3. Der erstere Fall hat nichts Besonderes an sich; aber im letzteren Fall fragt sich, ob da die Ersitzung auch gegen den wirklichen Erben wirksam sey?

13) Was ist bei der usucapio pro emtore besonders in Ansehung der bona fides zu beobachten?

14) Kann auch auf Grund eines rechtskräftigen Urtheils usucapirt werden?

15) Was für ein Unterschied ist zwischen einem Universal- und Singular-Successor in Ansehung der accessio possessionis zum Zweck der Ersitzung zu beobachten?

16) Ist zur Erlangung einer Befreiung von Beiträgen zu Kirchenbauten eine qualificirte Verjährung erforderlich?

17) Während durch Ersitzung das Eigenthum einer Sache erworben wird, so fragt sich, ob durch dieselbe auch die dar-

auf für einen Dritten haftenden Pfandansprüche aufgehoben werden?

18) Wie unterscheidet sich die ordentliche und außerordentliche Ersitzung (praescr. longissimi temporis) in der Zeit und den übrigen Erfordernissen?

19) Kann gegen verbietende Gesetze ein Recht durch Ersitzung erworben werden?

19a) Können die mediatisirten Fürsten jetzt noch Anspruch auf das Recht der 40jährigen Verjährung machen?

20) Wird die Ersitzung blos durch eingetretenen Mangel eines ihrer Erfordernisse, nämlich des Besitzes (usucapio naturalis), der Usucapionsunfähigkeit der Sache und des guten Glaubens (mala fides superveniens) unterbrochen, oder auch durch Klage und Litiscontestation? auch durch Protestation?

21) Gilt für das Handlohnsrecht die 30—40jährige Ersitzung als Erwerbsgrund?

22) Kann gegen eine Universität eine Sache oder ein Servitut schon durch 10—20jährige oder nur durch 30- oder gar 40jährige Ersitzung erworben werden?

Zu 1) Nicht usucapionsfähig sind

zu a) Sachen des Regenten, l. 11. C. 11. 66. — tit. Cod. 7. 38. — des Fiscus, l. 18. l. 24. D. 41. 3. — §. 9. J. 2. 6. — städtischer Communen,*) l. 9. D. 41. 3. — l. 2. C. 7. 38. — l. 12. §. 2. D. 6. 2. — das unbewegliche Eigenthum der Kirchen und milden Stiftungen nach Nov. 111. c. 1. Nov. 131. c. 6. — cap. 8. X. de praescr. 2. 26. — und nach cap. 4. X. de praescr. 2. 24. [Seuffert's Archiv IX. No. 266.], auch das bewegliche Eigenthum derselben; peculium adventitium regulare der in väterlicher Gewalt stehenden Kinder, s. 1. l. 4. C. 6. 60. — l. 1. §. 2. C. 7. 40. — Nov. 22. c. 24. — desgleichen solche Sachen, welche wegen einer zweiten Ehe des Parens der Proprietät nach an die ersteheliche Kinder gekommen sind.

---

*) Anderer Meinung sind Fritz in den Erläuterungen ꝛc. S. 327., Windscheid Lehrbuch I. §. 82. Anm. 5., s. dagegen v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 317. no. 4 Vergl. auch Schirmer Grundidee der Usucapion S. 111 ff., Sintenis Civilr. I. §. 51. Anm. 37. und Francke Arch. f. civ. Prax. Bd. 44. S. 122 ff.

Hierbei kommt die Eigenthümlichkeit vor, daß die ordentliche Verjährung selbst noch nach Auflösung der väterlichen Gewalt ausgeschlossen ist, Nov. 22. c. 24. —; endlich sind nach der herrschenden, obwohl zweifelhaften, Meinung der ordentlichen Ersitzung auch die Sachen der Unmündigen und Minderjährigen entzogen,*) s. die Lehrbücher von Mühlenbruch §. 262., Thibaut §. 1014., Schweppe §. 247., Mackeldey §. 259., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 35—38. 51. u. 81., Arndts in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 389. mit Beziehung auf l. 1. C. 2. 41. — An Sachen der Wahnsinnigen läßt sich nach R. R. eine Ausnahme von der Usucapionsfähigkeit noch weniger beweisen, s. v. Vangerow a. a. O. §. 317. no. 7., Windscheid Lehrbuch I. §. 182. Anm. 11., und nur von der deutschrechtlichen Verjährung von Jahr und Tagen ist sie zu behaupten, s. Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 32. u. 39.; indessen wird gewöhnlich auch da das Veräußerungsverbot die Ersitzung unmöglich machen, s. Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 39. S. 129.

Zu b) gestohlene**) Sachen, desgleichen die von einem malae fidei possessor veräußerten Sachen. Sind letztere Mobilien, so be-

---

*) Daß Sachen der Minderjährigen früher der Usucapion nicht entzogen waren, ist außer Zweifel, l. 2. D. 27. 5. — l. 4. §. 11. D. 41. 3. — Nur in Ansehung der longi temporis praescriptio heißt es: ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem aetatem dominus rei pervenerit. l. 3. C. 7. 35. — Durch Justinian's l. 5. C. 2. 41. scheint es, daß alle und jede Sachen der Minderjährigen der ordentlichen Ersitzung entzogen seyn sollen. Dagegen wird aber eingewendet, daß hier nur die Klagverjährung gemeint sey, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 317. no. 5. — Für diese Meinung, nämlich daß Sachen der Minderjährigen der ordentlichen Ersitzung nicht entzogen seyen, hat sich zuletzt Puchta Cursus der Institutionen Bd. II. S. 623. ausgesprochen; so auch ein Erkenntniß des Gerichtshofes in Tübingen in Hufnagel's Mittheilungen N. F. H. I. S. 156. Die Streitfrage scheint h. z. T. auch, abgesehen von dem, den Minderjährigen jedenfalls zustehenden, beneficium restitutionis, wenig praktische Wichtigkeit zu haben, weil h. z. T. die Vormünder auch nicht einmal bewegliche Sachen ohne obervormundschaftliche Concurrenz veräußern dürfen, und in dem Veräußerungsverbot ohnedies ein Usucapionshinderniß liegt. Absentes ex justa causa sind durch rest. in integr. geschützt.

**) Das furtum possessionis, welches der Eigenthümer selbst begeht, z. B. der Pfandschuldner an dem Pfandgläubiger, bewirkt dieses vitium nicht, l. 20. §. 1. D. 47. 2. — l. 4. §. 21. D. 41. 3. Dasselbe wird übrigens, wo es eintritt, alsdann purgirt, wenn der Eigenthümer die Sache wieder in seine Gewalt bekommen hat, oder wenigstens in der Lage ist, sie vindiciren zu können, s. Puchta Pand. §. 158. No. 2., Windscheid Lehrbuch I. §. 182. Anm. 10.

geht derselbe ohnedies ein furtum, §. 3. J. 2. 6. — l. 16. C. 6. 2. — sind es Immobilien, so sollen auch diese nach Nov. 119. c. 7. der ordentlichen Ersitzung entzogen seyn, wenn nicht der wahre Eigenthümer von dieser Veräußerung Kenntniß erhält, und zwar muß man, wenn auch nicht nach den Worten, doch nach dem Geiste dieser Verordnung, die Ersitzung nicht blos bei dem ersten Erwerber, sondern auch bei jedem folgenden b. f. possessor ausschließen, s. Puchta Pand. §. 158. No. 4., v. Vangerow a. a. O. §. 317. Erfährt aber der Eigenthümer die mit seinen Sachen vorgenommene Veräußerung, so hört die Usucapionsunfähigkeit zugleich mit ihrem Grunde auf. — Wenn der Onerirte eine legirte Sache veräußert hat, es sey nun ein legatum purum oder conditionale, so ist nach l. 3. §. 3. C. de legat. (6. 43.) die Ersitzung ausgeschlossen. Nach der lex Julia repetundarum sind alle Sachen, welche einem Provincial-Statthalter contra leg. repetund. unter irgend einem Titel übertragen worden sind, der Verjährung entzogen, l. 8. D. 48. 11. — l. 48. pr. D. 41. 1. — Auch fremde Baumaterialien sind, so lange sie mit dem Gebäude verbunden bleiben, der Ersitzung entzogen, weil die Trennung bekanntlich nicht vor der Abtragung des Gebäudes verlangt werden kann, l. 7. §. 11. D. 41. 1. — l. 23. §. 2. D. 41. 3. [S. jedoch Windscheid Lehrbuch I. §. 182. Anm. 13.]. In Ansehung der Dotalsachen, und zwar

a) des fundus dotalis ist schon in früherer Zeit in Folge des in der lex Julia ausgesprochenen Veräußerungsverbots, später

b) in Ansehung aller Dotalsachen überhaupt, beweglicher und unbeweglicher, ästimirter oder nicht ästimirter, die Usucapion nach l. 30. C. 5. 12. in so lange ausgeschlossen, als die Frau zur Klagstellung nicht befähigt ist, welche ihr erst nach Trennung der Ehe oder bei eintretender Insolvenz des Mannes rechtlich möglich wird, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 317., Mühlenbruch Lehrb. §. 262. not. 13. §. 267. not. 4., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 79. und 80. Abweichend hiervon will v. Löhr im civil. Archiv Bd. X. S. 69. die l. 30. C. 5. 12. nur vom Pfandrecht der Ehefrau verstanden wissen, vergl. auch v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 183.

Endlich gehören hierher die Grenzen (controversiae finales). Durch die l. 6. C. 3. 39. ist nämlich die Erweiterung der Grenzen durch Usucapion ausgeschlossen; die Behauptung, daß

das bestrittene Stück zu dem einen oder andern Grundstück gehöre, soll nicht durch einen 10= oder 20jährigen Usucapionsbesitz begründet werden können, cf. l. 4. C. Th. fin. regund. 2. 27. — Mehreres hierüber s. Glück Thl. X. S. 438., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 54.

Zu 2) Der beschenkte Ehegatte kann sie allerdings usucapiren, wenn er nicht wußte, daß es eine fremde Sache sey, l. 24. u. 25. D. 24. 1. Man sollte zwar das Gegentheil glauben; denn wenn er das Geschenkte nicht für eine fremde Sache hielt, und insofern nicht in mala fide war, so mußte er sie ja eben für ein Eigenthum des schenkenden Gatten ansehen, und dann war er in Beziehung auf das gesetzliche Schenkungsverbot in mala fide. Das angeführte Gesetz geht aber, indem es die Usucapion auf Seite des Beschenkten zuläßt, von dem Gesichtspunkte aus, daß der ganze Zweck des Schenkungsverbots in dem Fall, wo der Schenker nicht usucapiren konnte, mithin durch die Schenkung nicht ärmer wurde, wegfällt, l. 3. D. 41. 6., und die Meinung des Beschenkten der Wahrheit weichen müsse. Plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione, Glück Thl. XXVI. S. 39.

Zu 3) Allerdings; — vorausgesetzt nämlich, daß der Mann nicht, wie er wohl konnte, die Schenkung widerrufen hat, l. 32. §. 10. D. 24. 1. — l. 1. §. 2. D. 41. 6. — denn, wäre auch allenfalls der titulus donationis während der Ehe zur Usucapion nicht geeignet gewesen, weil z. B. der Mann selbst hätte usucapiren können, so wird — wie Paulus l. 24. D. 24. 1. sagt — dieses vitium durch Aufhebung der Ehe purgirt, und dem Beschenkten kommt in diesem Falle selbst der Besitz des Schenkenden zu Statten, sofern diesem das Recht der Usucapion zustand, l. 13. §. 11. D. 41. 2., Glück a. a. O. S. 42.

Zu 4) Nein; bei der donatio mortis causa erwirbt der beschenkte Ehegatte die Sache nur dem Eigenthümer, nicht dem donator gegenüber, l. 13. pr. l. 33. D. 39. 6., Glück a. a. O. S. 44.

Zu 5) Nein; durch die Dotalbestellung kann die zuvor schon begonnene Verjährung des fundus dotalis nach l. 16. D. 23. 5. nicht alterirt werden.

Zu 6) Regel ist es allerdings, daß Derjenige, welcher, ungeachtet ihm die Veräußerung der Sache untersagt ist, dieselbe von einem Andern usucapiren läßt, durch diese Zulassung eben auch eine Veräußerung begeht, mithin sein factum omissivum der Nichtigkeit unterliegt: alienationis verbum etiam usucapionem continet, vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi, l. 28. pr. D. 50. 16. — l. 12. §. 4. D. 6. 2. — und demnach ist sowohl die Usucapion des unmittelbaren

als eines weiteren Empfängers ausgeschlossen, auch wenn der unberechtigte Veräußerer von dem Besitz dieses letztern keine specielle Kenntniß hat, l. 28. pr. D. 50. 16. — l. 12. §. 4. cf. l. 9. §. 5. D. 6. 2. Puchta Pand. §. 158. und Windscheid Lehrbuch I. §. 182. Anm. 14. Namentlich gehören dahin a) solche Sachen bevormundeter Personen, deren Veräußerung nicht ohne Decret geschehen kann, l. 48. pr. D. 41. 1. — b) Dotalgrundstücke, welche der Mann nicht veräußern kann, l. 16. D. 23. 5. — c) vermachte Sachen, welche der Erbe mala fide veräußert, l. 3. §. 3. C. 6. 43. Indessen ist die Regel, wie v. Vangerow a. a. O. §. 317. bemerkt, nicht ohne alle Ausnahme; denn res litigiosae sind, ungeachtet deren Veräußerung gesetzlich verboten ist, doch der ordentlichen Verjährung unterworfen, l. 1. C. 7. 33.

Zu 7) Wer das Eine oder Andere kannte, wird durch mala fides ohne Zweifel an der schützenden, wie an der erwerbenden Verjährung verhindert, wie dies von dem Verbot des Prätors in l. 12. D. 41. 3. ausdrücklich gesagt ist. Wer aber Eines oder das Andere nicht kannte, warum sollte er nicht usucapiren können? Vergl. v. Vangerow a. a. O. §. 317. no. 10. Dem testamentarischen Verbot ist zwar eine die Usucapion verhindernde Wirkung in dem besondern Fall einer von den Vormündern verbotswidrig vorgenommenen Veräußerung in l. 2. C. 7. 26. beigelegt, allein die Singularität des Falles scheint keine Ausdehnung zuzulassen, s. Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 38., v. Vangerow a. a. O.

Zu 8) In Beziehung auf res merae facultatis wird die Ersitzbarkeit häufig geleugnet, s. Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 25. Es scheint aber richtiger, anzunehmen, daß, sobald ein Anderer in Hinsicht auf deren Vornahme oder Unterlassung ein Zwangsrecht und einen Besitzstand behauptet, auch Verjährung, freilich aber nur die qualificirte, Platz greifen könne, s. Erk. d. O.=A.=G. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 169. Vergl. Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. Obs 92. T. III. Obs. 160. u. 185. §. 32. u. 44., Mevii Dec. P. I. Obs. 60., Thibaut über Besitz und Verjährung §. 84. not. 1., Glück Thl. I. S. 113. Im Allgemeinen ist anzunehmen, daß Ersitzung nur in den Fällen gilt, für welche sie in den Gesetzen statuirt wird, Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 25., Thibaut über Besitz u. Verjährung §. 38. S. 117. Obligationsverhältnisse können nicht durch erwerbende Verjährung begründet werden, Thibaut a. a. O. §. 37. S. 113., Unterholzner a. a. O. Bd. II. §. 252., jedoch durch Immemorial=Verjährung als=

dann, wenn von Obligationsverhältnissen juristischer Personen und fortdauernder Classen von Staatsbürgern die Frage ist, Kritz exegetisch-prakt. Abh. S. 149. §. 2., Erk. d. O.-A.-G. zu Jena in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 3.

Was den Beweis der ordentlichen Ersitzung betrifft, so wird nach der gemeinen Meinung derselbe als geführt angesehen, wenn der Besitz zu Anfang und zu Ende der nöthigen Frist, sowie der Erwerbsgrund dargethan sind; der Beweis der mittleren Zeit, der Fähigkeit der Sachen und der bona fides wird durch Vermuthung ergänzt, — demnach ist es Sache des Gegners, den Mangel dieser Momente darzuthun, Sintenis Civilr. Bd. I. §. 51. not. 91., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 139. S. 497.

Zu 9) Dies scheint um deswillen zweifelhaft, weil das Institut der Verjährung um des gemeinen Besten willen begründet ist; da aber der nächste Zweck doch nur den Einzelnen betrifft, so möchte wohl der Entsagung des eigenen Vortheils nichts im Wege stehen, auch kann vom Käufer und Verkäufer nach l. 31. §. 22. D. 21. 1. in den Redhibitionsfällen die Uebereinkunft getroffen werden, daß die gesetzlich nur auf kurze Zeit beschränkte Redhibition zu jeder Zeit (in perpetuum) stattfinden solle, Unterholzner a. a. O. §. 28. Vergl. jedoch v. Savigny System V. S. 411 ff.

Zu 10) Die in Seuffert's Erörterungen Bd. II. S. 29. aufgestellte Ansicht, ein titulus putativus reiche niemals hin, ausgenommen den Fall, wenn auch der Tradent im Irrthum war, oder wenn neben dem irrig geglaubten Titel ein titulus verus wirklich vorhanden war, wird widerlegt durch l. 11. D. 41. 4. u. l. 5. §. 1. D. 41. 10. — v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 319., Unterholzner a. a. O. §. 103., Seuffert's Archiv IX. No. 265. Ausnahmsweise – lehrt Puchta Pand. §. 157. No. 4. — kann sogar die justa causa überhaupt und unbestimmt in dem Vorhandenseyn eines guten Grundes für den Irrthum bestehen, ohne daß ein Erwerbsgrund wirklich existirt, l. 11. D. 41. 4. — l. 4. §. 2. l. 5. D. 41. 10.

Die Schwierigkeiten dieser Lehre lösen sich zufolge der gründlichen Entwickelung von Stintzing, Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre (Heidelberg 1852.), wohl am einfachsten dahin: Indem zur Ersitzung nicht der Beweis eines vollgiltigen Erwerbsgrundes erfordert wird, muß der Nachweis von Thatsachen genügen, welche die Wahrscheinlichkeit eines rechtlichen Erwerbes begründen, l. 11. D. 41. 4. – l. 4. §. 2. l. 5. D. 41. 10., welche Stelle sogar Fälle bezeichnet, wo ein Erwerbsgrund wirklich nicht

existirte, der Erwerber aber guten Grund hatte, ihn als vorhanden anzunehmen. Da eine Diligenz in Erforschung etwaiger Mängel an der Giltigkeit des Geschäfts nicht gefordert wird, so haben Irrthum und Unwissenheit thatsächlicher Hinderungsursachen einen ziemlich weiten Spielraum, s. z. B. l. 2. §. 15. D. 41. 4. — l. 5. §. 1. D. 41. 10. — Wenn ein Vormund in der Auction seines Mündels, oder ein Procurator im Auftrage seines Principals in derselben als Käufer auftritt, so ist der Handel nichtig, weil Niemand von sich selbst kaufen kann, l. 5. §. 2—6. D. 26. 8.; demungeachtet wird ihm die Usucapion in l. 2. §. 8. 9. D. 41. 4. gestattet. Die Macht der Zeit ist das Ergänzende, aber nur dann, wenn dem Erwerbenden nicht bewiesen werden kann, daß er wußte, daß dabei das Recht irgend eines Andern verletzt sey; denn wußte er dies, so wird durch mala fides die Usucapion verhindert. Die bona fides hat dagegen in der Usucapionslehre ihre specielle Beziehung nur auf das Nichtwissen der Mängel der Erwerbung, nämlich des Unrechts des Autors oder der Fehler des Erwerbsactes. Dieses Nichtwissen nützt aber zur Usucapion blos in Beziehung auf Thatsachen, der Rechtsirrthum hingegen schadet, l. 4. D. 22. 6. Ein Plenarbeschluß des geh. Obertribunals in Berlin statuirt: wo der Uebergang des Eigenthums aus einem Geschäft durch Vernachlässigung der gesetzlichen Form gehindert wird, kann das formlose Geschäft auch als Rechtstitel zur Ersitzung nur insofern wirken, als der Erwerber die Ungiltigkeit desselben zufolge eines entschuldbaren faktischen Irrthums verkannt hat, indem die auf einem Rechtsirrthum fußende Ueberzeugung, Eigenthümer geworden zu seyn, als bona fides nicht in Betracht kommt, s. Entsch. d. geh. Obertribun. Bd. VI. S. 436. [Nach Schirmer i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XV. S. 229. 244. ist bona fides die Ueberzeugung, durch die Aneignung des betreff. Gegenstandes Niemandem ein materielles Unrecht zuzufügen Ueber justus titulus s. Schirmer ebendas. XVI. S. 3 ff.]

Zu 10 a) Da eine vieljährige Leistung, wenn ihr auch ein Irrthum zum Grunde gelegen wäre, nicht leicht einen verzeihlichen Irrthum annehmen läßt, so wird auch das Restitutionsbegehren in der Regel zu verwerfen seyn, l. 16. D. 4. 6. — l. 35. D. 8. 3. — l. ult. C. 7. 33. Wunderlich Diss. de restitutione in integrum contra praescriptionem ex capite ignorantiae non competente. Jenae 1754., Struv. Exerc. 8. th. 76., Wernher T. III. P. I. Obs. 483. Z. B. ein Kircheninspector, welcher einen Erbzins als einen Theil seiner Besoldung von den Gütern seiner Eingepfarrten zu erheben angewiesen

war, forderte solchen vom Bauer A. Dieser verweigerte ihn, ob er ihn gleich schon 20 Jahre lang entrichtet hatte, aus dem Grunde der Unverbindlichkeit, indem er ihn nicht schuldiger Weise bisher blos aus Irrthum entrichtet habe, weshalb er nöthigenfalls um rest. in integrum bat. Derselbe wurde aber aus vorstehenden Gründen damit abgewiesen, s. Schmidt hinterlassene Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 294., vergl. Thl. I. S. 223. Fr. 15.

Zu 11) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Puchta nahm in seinem System des Civilr. (1832) S. 70. no. 4. an: „wenn durch unfreie (der Gewalt des Erwerbers unterworfene) Mittelspersonen, z. B. Hauskinder, Sklaven, der Besitz erworben wird, so müssen Beide, der Erwerber und der Repräsentant, in bona fide seyn." Im Lehrb. d. Pandecten §. 135. [2. Ausg. §. 157.] findet man seine Meinung folgendermaßen abgeändert: „bei dem Erwerb des Besitzes durch Repräsentanten kommt es darauf an, in wessen Person, des Repräsentanten oder des dominus, der Usucapionsbesitz beginnt, dessen bona fides wird erfordert." Dafür wird angeführt l. 2. §. 12. l. 11. D. 41. 4. — Nach Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 120. soll es nicht darauf ankommen, ob Derjenige, welcher die Besitzerwerbung vermittelt hat, mit den zu erwartenden Anfechtungen des Besitzes bekannt gewesen sey, sondern es müsse vielmehr die Person Desjenigen, welchem der redliche Besitz zu Gute kommen soll, in Betrachtung gezogen werden. Eine Ausnahme hiervon könne nur da angenommen werden, wo es bei der Besitzerwerbung auf den Willen des dominus gar nicht ankommt, z. B. wenn Vormünder für willenlose Curanden, Geschäftsführer juristischer Personen (v. Savigny Recht d. Bes. S. 278.) für diese erwerben, oder wenn Sklaven oder Kinder, die in häuslicher Abhängigkeit stehen, eine Besitzerwerbung gemacht und dabei nicht unmittelbar für den Herrn oder Vater, sondern für ihr peculium gehandelt haben, doch könne im letzteren Fall dem Herrn oder Vater die zufällig von Anfang an*) erlangte Wissenschaft von diesem Erwerb schaden, wenn er nicht selbst sich in redlicher Meinung befand. — Im Wesentlichen stimmt hiermit v. Vangerow Leitfaden I. §. 321. not. 2. überein, indem er den Unterschied als entscheidend betrachtet, ob von solchen Fällen die Rede ist, in welchen der Stellvertreter auch ohne unser Wissen für uns Besitz erwerben kann, oder von solchen, in denen zum Besitzerwerb immer auch unsere Wissenschaft hinzutreten muß. In den letzten Fällen, welche bekanntlich die Regel

*) In Ansehung der mala fides superveniens kommt indessen h. z. T. das canonische Recht in Betracht.

ausmachen, kommt es blos auf die bona oder mala fides des Principals, nicht auch des Stellvertreters, an, in den ersteren blos auf die des Stellvertreters, cf. l. 8. pr. l. 31. §. 3. l. 43. §. 1. l. 47. D. 41. 3. — l. 2. §. 10—14. l. 7. §. 8. D. 41. 4.

Bezüglich der weiteren Frage, ob es von dem oben im Kap. I. §. 84. Fr. 1. für die Erwerbung des Usucapionsbesitzes durch Stellvertreter als wesentlich bezeichneten Erforderniß der scientia domini keine Ausnahme gebe, ist die Eigenthümlichkeit der Prädialservituten in das Auge zu fassen, wie in folgendem Falle anschaulich wird. Es handelte sich von dem Verjährungserwerb des Jagdrechts auf gewissen Feldmarkungen für ein Gut, welches die Verjährungszeit hindurch für die fortwährend abwesenden Eigenthümer administrirt worden war. Gegen die behauptete Ersitzung wurde eingewendet, daß durch sämmtliche bekundete Besitzhandlungen der Besitz dem Beklagten selbst nicht erworben seyn könne, indem, wenn ein Besitz durch Stellvertreter erworben werden solle, auf Seite des Vertretenen entweder Auftrag oder Wissenschaft und Genehmigung erfordert werde, im vorliegenden Falle aber, da die Besitzer des Guts seit mindestens 40 Jahren abwesend seyen, weder jenes noch dieses der Fall, oder nur behauptet worden sey. Demungeachtet wurde zu Gunsten des Gutsbesitzers erkannt, verbis: „die zur Wahrnehmung von Rechten des Guts angestellten Personen (Verwalter und Forstofficianten) sind vermöge ihres Dienstverhältnisses zur Vornahme solcher Handlungen befähigt. Da es ferner als erwiesen anzunehmen ist, daß die bezeugte Jagdausübung als eine Gerechtsame des Guts und für dasselbe vorgenommen worden, so bedarf es überall nicht des Beweises eines weiteren speciellen Auftrags, oder des Umstandes, daß die fragliche Jagd mit Wissen der Eigenthümer ausgeübt worden sey", s. Erk. des O.=A.=G. zu Celle in der jurist. Zeitschr. für Hannover Jahrg. 22. H. 3. S. 87.

Zu demselben Ergebniß führte ein Urtheil der Facultät Halle in einem ähnlichen in poss. summariissimo entschiedenen Fall. „Es muß in Folge der besonderen für servitutes praediorum geltenden Grundsätze behauptet werden, daß der Besitz solcher Rechte in weiterem Umfange als der der körperlichen Sachen durch Vermittelung Dritter erworben werden kann. Da nämlich der dominus praedii dominantis selbst nur Stellvertreter diese Sache, als des eigentlich berechtigten Subjects ist, so erscheint die Stellvertretung zur Erwerbung des Besitzes einer solchen Servitut auch durch andere Personen, als den Eigenthümer der herrschenden Sache zulässig. Wenn in dieser Hinsicht l. 5. l. 6. pr. l. 20—24. D. 8. 6. — l. 1. §. 7. l. 3. §. 4. D. 43. 19.

vorzugsweise von Wege-Servituten reden, und zwar zum Theil mit specieller Beziehung auf das interd. de itinere actuque priv., so ist doch kein Grund vorhanden, an gleichmäßiger Geltung jenes Princips für andere serv. praed. rust. zu zweifeln, und es kann keinem Bedenken unterliegen, daß der durch das possess. summariissimum gewährte Schutz sich mindestens eben so weit erstreckt, als der des genannten Interdicts. Dagegen reden die allegirten Stellen allerdings durchgängig von einem uti servitute, oder retinere servitutem, im Gegensatz des non uti und non utendo amittere; und es fehlt daher nicht an Juristen, welche zwar zugeben, daß der Pächter, der Gast, ja selbst ein völlig Fremder dadurch, daß sie nomine praedii die Servitut ausüben, den schon erworbenen Besitz conserviren, aber leugnen, daß solche Mittelspersonen geeignet seyen, den Besitz einer Servitut dem praedio zu erwerben, Sintenis Civilr. Bd. I. §. 64. S. 588. der 2. Aufl. Allein die andere Ansicht verdient um so mehr den Vorzug, als sie durch das argumentum a contrario aus l. 1. §. 8. D. 43. 19. deutlich hervorgeht, vergl. Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 196., Albert Besitz unkörperlicher Sachen S. 22., Emminghaus Pand. des gem. sächs. Rechts S. 224. no. 59.

In einem Urtheil der Facultät Jena v. J. 1846. ist ausgesprochen: die von der eigentlichen usucapio handelnden Gesetzesstellen, l. 1. C. 7. 32. — l. 47. 49. §. 2. D. 41. 2., nach welchen der Ersitzende, sobald er den Besitz nicht in eigener Person ausgeübt hat, die usucapio erst von dem Momente, wo der Usucapient Kenntniß von der Besitzergreifung und Besitzausübung seines Repräsentanten erhält, beginnt, lassen sich nicht analog auf Ersitzung der Prädialservituten anwenden. In dieser Beziehung waltet ein anderes Princip ob. Schon der Begriff der Prädialservitut bringt mit sich, daß die Person des jeweiligen Eigenthümers, weil sie einem steten Wechsel unterworfen ist, bei den Besitzverhältnissen des Guts in den Hintergrund tritt. Der Besitz soll dem Gute selbst erworben werden, eben so die Servitut; diese soll nur dem jeweiligen Eigenthümer als solchem, als integrirender Theil des Guts, zu Nutze kommen. Es würde eine Inconsequenz genannt werden müssen, wenn auch in solchen Fällen die Wissenschaft des jeweiligen Eigenthümers des Guts, der die Servitut nicht für seine Person in Anspruch nimmt, erfordert würde, wie dies alsdann ganz folgerichtig wäre, sobald Jemand für seine Person das Eigenthum einer res corporalis erworben haben will. Es muß hinreichen, wenn die Servitut Namens des Guts ausgeübt worden. Daher erklärt sich l. 1. §. 7. und 11. D. 43. 19. l. 3. §. 4. ib.

l. 5. 6. pr. D. 8. 6. — l. 20. 24. eod., s. Albert a. a. O. §. 19. Das Abstrahiren von einer Repräsentation des Gutseigenthums erscheint in jenen Stellen nicht als Singularität, sondern als Ergebniß der Wissenschaft und Praxis aus der juridischen Natur der Prädialservituten. Der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks handelt nicht sowohl proprio nomine, als fundi nomine. In l. 5. §. 3. D. 43. 19. — l. 10. pr. D. 8. 5. wird zur Ersitzung einer Servitut nur das usum se per annos forte tot non vi, non clam, non precario verlangt; dieselben Worte kommen in obigen Stellen vom interdictum de itinere vor. Was die römischen Juristen, die nur als Vorbilder bei der Behandlung des juristischen Stoffs dienen sollen, als Interpreten des Edicts zu thun berechtigt waren, das dürfen auch wir als Interpreten der Schriften der römischen Juristen thun, s. Emminghaus a. a. O. S. 225. no. 60.

Zu 12) Man konnte die Bejahung dieser Frage früher als herrschende Lehre annehmen, s. v. Savigny in der Zeitschr. f. geschichtl. R.-W. Bd. V. S. 21., Roßhirt im civilist. Archiv Bd. IX. no. 1. und in s. Zeitschr. Bd. I. S. 121., Göschen Grundr. S. 127., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. §. 265. not. 7., Fritz Erläuterungen I. S. 330 ff.; dagegen unter den Neueren bedeutende Autoritäten für die Verneinung sich erklärt haben, namentlich Unterholzner im Rhein. Museum Bd. V. S. 26. mit Abänderung der in seiner Verjährungslehre Bd. I. §. 107. noch befolgten Ansicht, Arndts im Rhein. Mus. Bd. II. S. 125. und Beiträge S. 71., Fabricius das. Bd. IV. S. 195., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. XII. S. 85. not. 2., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. §. 132., Thibaut System d. P.-R. §. 1013. (Ed. 8.), Unterholzner Verjähr.-Lehre I. S. 365., Windscheid Lehrbuch I. §. 179. Anm. 3., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 320. not. 1., welch' Letzterer über diese, wie über alle erheblichen Controversen d. R. R. mit eigenthümlicher Schärfe und Präcision die Gründe und Gegengründe abgewogen hat.

Zu 13) Daß die bona fides nicht blos im Moment der Tradition, sondern auch des Vertragsabschlusses nöthig ist, l. 48. D. 41. 3. — l. 2. §. 6. D. 41. 4., Windscheid Lehrb. I. §. 177. No. 1., Schirmer in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XV. S. 296. Indessen kann dem erforderlichen Bewußtseyn eines wirklichen Kaufsgeschäfts auch eine justa causa erroris unterliegen, mit welcher bona fides wohl bestehen kann, z. B. wenn Derjenige, welchen wir zur Abschließung eines Kaufsgeschäfts bevollmächtigt haben, uns die Sache mit der Ver-

sicherung des geschlossenen Contracts übergiebt. Ist aber statt des wirklich gekauften Objects irrthümlich ein anderes übergeben, so findet keine Usucapion statt, l. 2. §. 6. D. 41. 4. Hiernächst wird das Erforderniß, daß der Kaufpreis entweder bezahlt oder creditirt sey, auch zum Zweck der Usucapion als unerläßlich gelten müssen, weil die Tradition aus dem Grunde eines Kaufgeschäfts bekanntlich nur unter derselben Voraussetzung das Eigenthum überträgt, s. v. Vangerow a. a. O.

Zu 14) Diese Streitfrage wird bejahend beantwortet von Donell Comment. jur. civ. Lib. V. c. 14. §. 13. u. Arndts im civilist. Archiv Bd. XIII. S. 283 ꝛc., dagegen verneinend von Danz in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 273., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 116. Die letztere Ansicht findet sich am vollständigsten gerechtfertigt in v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 320. not. 3., unter Andern bezüglich l. 3. §. 1. l. 5. l. 7. pr. D. 6. 2. — doch nicht ohne Unterschied der verschiedenartigen Fälle:

1) Wenn Jemand durch eine actio in personam zur Herausgabe einer Sache verurtheilt worden ist, so kann dem Sieger schon nach den Grundsätzen des tit. pro soluto die Usucapion nicht bezweifelt werden.

2) Derjenige, welchem in einem Theilungsjudicum ein Gegenstand adjudicirt ist, kann denselben auf den Grund der Adjudication usucapiren.

3) Wenn der mit einer Vindication belangte Besitzer absolvirt wird, so kann dieses Erkenntniß, welches blos den Kläger abweist, weil er sein Eigenthum nicht beweisen konnte, mithin blos eine Negation enthält, für den Beklagten nicht als Grund seiner Besitzerwerbung gelten und keine Berechtigung zur Usucapion gewähren.

4) Der siegende Vindicant kann das rechtskräftige Erkenntniß, Dritten gegenüber, nur als Beweismittel, nicht als Usucapionstitel gebrauchen, v. Scheurl Beitr. Bd. II. S. 82 ff.

Anderweiten Disceptationen scheint kaum ein praktisches Interesse abgewonnen werden zu können. Es mag daher genügen, auf die Untersuchung der ganzen Streitfrage in v. Vangerow's Pandecten Bd. I. §. 320. not. 3. u. Stephan im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 353. zu verweisen. Vergl. noch Sell Eigenthum §. 53. S. 203 ff. und Brinz Pand. I. S. 209.

Zu 15) Man pflegt diesen Unterschied also darzustellen: ein suc-

cessor universalis succedirt in possessione*) und in fide, ein successor singularis succedirt nur in possessione, nicht auch in fide. Der Universalnachfolger setzt nämlich den Besitz des Vorgängers (und zwar auch mit Einschluß der Periode, wo hereditas jacens war, so daß, wenn in dieser Zeit die Usucapion vollendet war, der Erbe selbst nicht einen Augenblick besessen zu haben braucht, l. 30. pr. D. 4. 6. — l. 40. l. 44. §. 3. D. 41. 3.) nothwendig fort, possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem (l. 30. cit.), was ihm nicht blos zum Vortheil, sondern auch zum Nachtheil gereichen kann. War nämlich der Erblasser in mala fide, so kann der Erbe nicht usucapiren, und nicht einmal einen Usucapionsbesitz anfangen, wenn auch er selbst in bona fide wäre, §. 12. J. 2. 6. — l. 2. §. 19. D. 41. 4. — l. 11. l. 14. §. 1. D. 44. 3. — l. 30. pr. D. 4. 6. — l. 11. C. 7. 32. — l. 15. pr. l. 43. D. 41. 3. — l. 4. C. 7. 29. War aber der Erblasser in bona fide, so nützt diese auch dem Erben, ohne daß es auch in seiner Person auf bona fides ankommt (was aber nach canonischem Recht, welches *continua* bona fides erfordert, anders geworden ist, Brendel Kirchenrecht (§. 453.) Der Singularnachfolger dagegen kann, wenigstens in seiner Person, wenn er in possessione bonae fidei ist, und justus titulus hat, die Usucapion anfangen, er kann aber auch unter gleichen Voraussetzungen, und wenn keine Unterbrechung stattgefunden hat, den Besitz seines Vorgängers, wenn dieser in conditione usucapiendi war,**) sich zugute rechnen, Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 259. Für die accessio possessionis ist noch zu bemerken, daß hierzu nicht, wie sonst zur Verjährung, titulus putativus hinreicht, l. 2.

*) Ueber accessio possessionis s. vorzüglich tit. Dig. 44. 3. — l. un. C. 7. 31. — Nov. 119. cap. 7. Gajus IV. 151. Ohne Zweifel findet sie ohne Unterschied zwischen onerosem und lucrativem Titel statt, l. 11. C. 7. 33., sowohl für den Interdicten- als Usucapionsbesitz. Auch res judicata, sowohl in persönlichen als dinglichen Klagsachen, kann als zulässiger Titel bei der accessio possess. gelten, l. 13. §. 9. D. 41. 2., mit Rücksicht auf das zu Fr. 14. Gesagte. Auch bei der Klagenverjährung ist accessio poss. anwendbar, s. Denzinger die accessio possessionis S. 81. ꝛc.

**) Nur höchst singuläre Fälle sind es, wo auch eine injusta possessio des Vorbesitzers dem Nachfolger beigerechnet werden kann; z. B. wenn eine Sache, die Jemand precario besessen, an den vorigen Besitzer zurückgelangt, so kommt diesem jener Zwischenbesitz Behufs der Usucapion zu Statten, l. 13. §. 7. D. 41. 2., oder wohl auch in dem Fall, wo dem Vorbesitzer, welcher insofern mala fide besaß, als er einen Andern (wenn gleich irrig) für den wahren Eigenthümer hielt, gerade dieser Andere im Besitz folgte, vergl. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens §. 10., Denzinger a. a. O. S. 134. u. 139.

§. 16. D. 41. 4., s. Warnkönig Comm. §. 261., Unterholzner Verjährungslehre §. 134., Denzinger die accessio possessionis nach dem römischen und canonischen Rechte. Eine von der Juristenfacultät in Würzburg gekrönte Preisschrift. Würzb. 1842. S. 85., dazu Windscheid Lehrb. I. §. 181., Böcking Instit. II. S. 117.

Zu 16) Wenn man einen solchen Anspruch auf Immunität auf eine dem Berechtigten entgegenstehende Verjährung gründen wollte, so würde nach den von Thibaut Besitz und Verjährung §. 38. u. 60. und von den meisten neueren Rechtslehrern (vergl. Kind Qu. for. T. II. Cap. 48. Ed. 2., Gottschalk Discept. for. T. II. Cap. 8., Erkenntn. d. O.=A.=G. in Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1843. no. 3.) angenommenen Grundsätzen erforderlich seyn, daß dem Berechtigten ein Widerspruch erhoben worden sey und dieser sich so lange dabei beruhigt habe, als er zur extinctiven Klagenverjährung Zeit braucht. Die einheimischen deutschen Rechtsinstitute können nämlich nicht nach dem römischen Recht der Servituten behandelt werden, durch einen 10= oder 20jährigen Nichtgebrauch geht daher ein Recht nicht verloren, nur das Klagrecht erlischt nach 30 Jahren. v. Bülow und Hagemann in den rechtl. Erörter. Bd. V. S. 225. unterstellen, wenn dergleichen Befreiungen, z. B. auch von Gemeindelasten, 30—40 Jahre lang, ungeachtet während dieses Zeitraums mehrere zur Anforderung geeignete Fälle stattgefunden hatten, bestanden haben, den Begriff eines rechtlichen Herkommens; allein eine Observanz im rechtlichen Sinne kann nur Rechtssätze, nicht aber subjective Befugnisse zum Gegenstand haben, Hufnagel Mittheilungen aus der Praxis der Würtemberger Gerichte. N. F. H. 1. S. 79.

Zu 17) Die Frage muß zwar, so wie sie gestellt ist, geradezu verneint werden, s. l. 44. §. 5. D. 41. 3. — l. 1. §. 1. D. 20. 1. — l. 2. pr. D. 41. 5. — l. 7. C. 8. 14.; damit ist aber — wie v. Vangerow a. a. O. §. 324. gegen die Zweifel Unterholzner's in der Verjährungslehre Bd. II. §. 248. bemerkt — blos gesagt, daß mit der ordentlichen Eigenthumsverjährung nicht auch die auf der verjährten Sache haftenden Pfandrechte erlöschen. Dies hindert aber nicht, daß der Besitzer in gutem Glauben, welcher von dem pfandschaftlichen Nexus nichts weiß, die ihren eigenthümlichen Regeln folgende 10—20jährige Präscription gegen die Pfandklage eines Gläubigers gebrauchen könne, welche übrigens nicht schon immer von dem Augenblick des Besitzerwerbs, sondern jedenfalls erst mit dem Anfang des Pfandrechts beginnen kann. Gesetzt also, es hat Jemand eine fremde Mobilie schon 2 Jahre im Usucapionsbesitz und nun verpfändet der

Eigenthümer sein ganzes Vermögen, und damit auch jene Mobilie an einen Dritten, so hat zwar der Besitzer nach Ablauf eines Jahres das Eigenthum jener Mobilie erworben, aber um den Creditor von der Pfandklage auszuschließen, müssen nothwendig noch fernere 9 Jahre ablaufen.

Zu 18) Die Entstehungsart eines Rechtsinstituts bildet sehr natürlich die Grundlage seiner Beurtheilung. Man stößt zwar hierbei auf verschiedene Ansichten, s. Unterholzner a. a. O. §. 177 2c., Fritz Erläuterungen zu Wening=Ingenheim S. 332.; indessen wird man unbedenklich der wohlerwogenen Darstellung folgen können, welche wir v. Vangerow's Pand. Bd. I. §. 325. entnehmen.

In der l. 8. §. 1. C. de praescr. XXX. annor. (7. 39.) verordnete Justinian, daß Derjenige, welcher sich in der Lage befinde, sich gegen die Reivindication des Eigenthümers durch 30= oder mehrjährige Extinctivverjährung schützen zu können, dann, wenn er den Besitz bona fide angefangen habe, nicht mehr blos eine exceptio, sondern selbst auch eine actio in rem haben solle. Hieraus folgt, daß bei der neuen außerordentlichen Verjährung allgemein die Grundsätze entscheiden müssen, welche von der Extinctivverjährung gegen die rei vindicatio gelten, und außerdem noch die bona fides, und zwar nach den Bestimmungen des canonischen Rechts die fortdauernde bona fides hinzukommen müsse. Daher sind, — während der ordentlichen Verjährung gar viele Sachen nicht unterworfen sind, — der außerordentlichen Verjährung — abgesehen natürlich von solchen Sachen, welche extra commercium sind — nur diejenigen Sachen entzogen, in Betreff welcher auch eine Extinctivverjährung nicht laufen kann, nämlich Sachen der Pupillen, und solche Sachen, bei welchen der Klage ein impedimentum juris entgegensteht, nämlich Dotalsachen, tigna aedibus alienis juncta, und Sachen, die zu einem peculium adventitiam regulare gehören.*)

Eine wesentliche Verschiedenheit der außerordentlichen von der ordentlichen Verjährung liegt ferner darin, daß zu jener kein titulus erforderlich ist [vergl. dazu Seuffert's Archiv XV. S. 318.].

*) Nach einer besonde en Vorschrift der Carolina Art. 209. soll auch noch abweichend vom R. R. an gestohlener oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Gewehr ersessen werden. v. Vangerow a. a. O. findet diese Bestimmung so klar, daß er Unterholzner's Meinung in der Verjährungsl. Bd. I. §. 60. nicht beistimmen kann, welcher auch dabei die außerordentliche Verjährung stattfinden lassen will. Freilich muß man aber dabei den vom R. R. sehr abweichenden deutschrechtlichen Begriff von gestohlenen Sachen nicht außer Augen lassen.

Die außerordentliche Verjährung fängt mit dem Augenblicke zu laufen an, in welchem die rei vind. des Eigenthümers actio nata ist, was z. B. auch dann von Bedeutung ist, wenn der Präscribirende durch beauftragte Stellvertreter den Besitz erwirbt. Die Usucapion fängt in einem solchen Falle erst mit dem Augenblicke der erlangten Wissenschaft von Seite des Principals an, während die außerordentliche Verjährung schon mit dem Moment der wirklichen Besitzergreifung beginnt.

Indem die praescr. longissimi temporis sich ganz nach den Grundsätzen der Extinctivverjährung richtet, erfordert sie auch eine viel längere Zeit, als die ordentliche Verjährung, nämlich 30—40 Jahre, und weicht auch in der Zeitrechnung auf eine dem Verjährenden beschwerlichere Weise ab, indem der letzte Tag abgelaufen seyn muß.

In Ansehung der Unterbrechung hat es denn gleichfalls die nämliche Bewandtniß, wie mit der Extinctivverjährung der act. perpetuae, daß die Verjährung schon durch die Mittheilung der Klage an den Beklagten unterbrochen wird.

Streitig ist übrigens, ob gegen die praescr. XXX. vel XL annorum Restitution stattfinde, wie sehr allgemein wegen l. 3. C. 7. 39. verneint wird, s. Unterholzner a. a. O. §. 136 ꝛc., Thibaut Besitz und Verj. §. 65. u. 73., indem man die Worte der leg. cit. „non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat huic eximenda sanctioni" auf Unzulässigkeit der Restitution bezieht, während sie nach gründlicher Ausführung Anderer nur besagen, daß die angeführten Umstände, welche bei den actiones temporales als Hindernisse der Verjährung gelten, bei der praescr. XXX vel XL annor. als solche nicht in Betracht kommen sollen, s. Burchardi Lehre v. d. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 135., v. Vangerow a. a. O. §. 177. not. 12. Die Restitution könnte demnach nur ex speciali legis dispositione ausgeschlossen seyn, z. B. wenn die qu. inoffic. test. verjährt ist, indem hier nur ex *magna* et justa causa restituirt werden soll. l. 8. §. 17. D. 5. 2. oder, wenn die der Restitution selbst gesetzte Verjährungszeit abgelaufen ist.

Zu 19) Die Antwort auf diese Frage kann wohl nur verneinend ausfallen. Das Gegentheil statuirte gleichwohl ein oberappellationsgerichtliches in Hagemann's prakt. Erörter. Bd. VI. S. 201. angeführtes Erkenntniß in einem solchen Fall, wo die Prohibitiv-Verordnung blos im Interesse des Verbietenden ergangen, das Gegentheil aber lange Zeit hindurch von ihm selbst zugelassen worden war. Es

betraf eine Streitigkeit zwischen dem Gutsherrn und den Leseholzberechtigten über den Gebrauch der Aexte und Hacken von Seite der Letzteren, während doch ein gutsherrliches Verbot dagegen vorgelegen war. Die Leseholzberechtigten beriefen sich dagegen auf ihren unvordenklichen Besitz, und es wurde ihnen in judicando der Beweis desselben nachgelassen, weil vorauszusetzen sey, daß die Berechtigten und Verpflichteten, indem sie seit unvordenklichen Zeiten eine Einrichtung bestehen ließen, welche der Prohibitivverordnung zuwider war, auf das zu ihrem einerseitigen und gegenseitigen Besten gegebene Gesetz freiwillig verzichtet hätten. Diese Entscheidung scheint sich zwar durch die Betrachtung zu rechtfertigen, daß einem Gesetz durch eine mit Genehmigung des Gesetzgebers gebildete Gewohnheit ohne Zweifel derogirt werden könne. Aber war denn von einem Rechtsgesetz und einer Rechtsgewohnheit hier zu sprechen, und nicht vielmehr von polizeilichen Anordnungen, welche zu jeder Zeit wieder erneuert werden konnten? — Vergl. dazu Seuffert's Archiv XI. No. 17 b.

Zu 19 a) Diese Frage ist aus dem Grunde zu verneinen, weil ihnen dieses Recht nur als regierenden Häusern, bei denen von einem fiscus die Rede seyn konnte, zustand, s. Entscheid. d. Göttinger Juristenfakultät in Elvers' Themis Bd. I. S. 541.

Zu 20) Ob durch Klage und Litiscontestation die erwerbende Verjährung unterbrochen werde, ist zwar nicht unbestritten, vergl. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 381. (§. 52.), Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 126., doch ist von den Neueren insgemein angenommen, daß die Grundsätze über Usucapion die einzig im Justinianischen Recht geltenden sind, und deshalb für die ordentliche*) Eigenthumsverjährung eine wahre Unterbrechung durch eingeleiteten Proceß nicht angenommen werden könne; l. 2. §. 21. D. 41. 4. — l. 18. D. 6. 1. cf. l. 17. §. 1. l. 21. D. 6. 1., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 323. not. 1., Seuffert's Archiv VIII. No. 233. Man kann nur mit Puchta im Lehrb. §. 138. sagen, daß die erhobene Klage und ausgewirkte Ladung die Usucapion für den Kläger unschädlich macht. Gewinnt nämlich der Kläger, so muß der Beklagte die Sache herausgeben, und kann sich nicht darauf berufen, daß während des Processes die Verjährungszeit zu Ende gegangen sey. Gewinnt aber der Beklagte, so ist es eben so gut, als wenn der Proceß gar nicht angestellt worden wäre, und die Präscription ist dadurch nicht unterbrochen, s. auch Höpfner Institt. Comm. §. 398. So wird z. B. der unvordenkliche Besitz der Steuerfreiheit nicht durch geschehene

*) Von der außerordentlichen s. no. 18.

Anforderungen unterbrochen, s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 24. und eben so wenig wird durch eine auf einseitiges Anrufen im Proceße ertheilte Temporal-Inhibition der Besitz unterbrochen; l. 5. C. 7. 57. Leyser Sp. 462. Med. 25.

Wenn durch usurpatio naturalis die erwerbende Verjährung als unterbrochen erachtet werden solle, so genügt dazu bloße Protestation nicht, sondern es wird eine wirkliche Verhinderung an der Ausübung des behaupteten Rechts erfordert. Nach sächsischem Gerichtsbrauch liegt z. B. bei der Fahrgerechtigkeit usrup. nat. sowohl im Vorziehen eines Grabens oder Schlagbaums, als im Hinwegweisen des Geschirrs, das ein Umkehren zu Folge hatte. Bona fides wird nunmehr bei späteren Ausübungen problematisch, s. Erkenntn. d. O.-A.-G. in Dresden in der Zeitschr. f. Rechtspflege Bd. IX. S. 170.

Zu 21) Beim Handlohn kann nur die unvordenkliche Verjährung in Betracht kommen. Die 30—40jährige Ersitzung ist nur auf solche deutschrechtliche Reallasten als Erwerbungsgrund anwendbar, welche in jährlichen oder doch wenigstens in bestimmten regelmäßigen Zeitabschnitten gleichmäßig wiederkehrenden Leistungen bestehen; s. Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 320. Die Handlohnserhebung hängt aber nicht von dem freien Willen und Bedürfnisse des Berechtigten, sondern von zufälligen, außer seiner Willkür liegenden Umständen ab, und kann daher nicht in regelmäßig bestimmten Zeitabschnitten, sondern nur bei vorkommenden Besitzveränderungen ausgeübt werden, zwischen welchen oft ein die gewöhnliche und auch die 30- oder 40jährige Ersitzungsperiode überschreitender Zeitraum liegt.*) So hat das K. Bayer.

*) Ueber die Unterbrechung der Klagenverjährung ist bereits in unserem 1. Band Kap. III. §. 19. Fr. 9. S. 209 ff. gehandelt worden; indem hierbei auch bemerkt wurde, daß bei einer gemeinschaftlichen Schuld die Klagerhebung gegen den einen Correus die Verjährung auch gegen den andern Correus nach l. 5. D. 8. 40. unterbricht. Dabei ist es jedoch zweifelhaft, ob diese Vorschrift auch auf die den Römern unbekannten Wechselverbindlichkeiten Anwendung finden könne, wenn z. B. zwei Eheleute gemeinschaftlich einen eigenen oder trockenen Wechsel ausgestellt haben, und die Wechselklage nur dem Ehemann insinuirt wurde, ist damit auch gegen die Frau die Klagverjährung unterbrochen? Scholz in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 405. verneint diese Frage, weil unser Wechselrecht ganz eigenthümliche Verbindlichkeiten erzeuge, und dabei jedenfalls die Präsentation des Wechsels gegen jeden Wechselschuldner vorangehen müsse, und derselbe nur gegen wechselmäßige Behandlung zur Zahlung verbunden sey, also nur, wenn ihm selbst der Wechsel präsentirt worden ist. Diese Ansicht ist jedoch durch die allg. deutsche Wechselordnung über die Präsentation eigner Wechsel nicht mehr als maßgebend zu betrachten [vergl. Kuntze Deutsches Wechselrecht, S. 122.].

O.=A.=Ger. in 6 Fällen entschieden; s. Seuffert u. Glück's Bl. f. R.=A. v. J. 1855. no. 1. Anders möchte es aber wohl seyn, wenn in 30 — 40 Jahren, wie nicht selten der Fall ist, 3 Handlohnsfälle vorgekommen sind.

Zu 22) Die Entscheidung dieser zweifelhaften Frage hängt vorzüglich von dem Urtheil über die Vorfrage ab, ob die Universitäten den piis causis beizuzählen seyen. Das O.=A.=Ger. zu München entschied in einem in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 166. erzählten Fall die Vorfrage verneinend, indem Universitäten nach heutiger Verfassung nicht mehr den kirchlichen Instituten*) beigezählt werden können, und demzufolge die Hauptfrage dahin: daß der Anspruch der Universität auf eine 40jährige Verjährungszeit nicht begründet sey, und auch nicht der auf eine 30jährige Verjährungszeit, ungeachtet den Minderjährigen überhaupt keine unter 30 Jahren laufen könne, weil diese Bestimmung, wie aus l. 1. in f. C. 7. 33. vergl. mit l. 4. C. 2. 54. u. l. 3. C. 3. 29. erhellt, nicht von juristischen Personen gelte, auch wenn ihnen sonst die Rechte der Minderjährigen zustehen. Zur Rechtfertigung der entgegengesetzten, von uns unten im Erbrecht Kap. III. vom Testam. ad pias causas behaupteten Ansicht in Betreff der Vorfrage, nämlich der Meinung, daß auch Unterrichtsanstalten, wie alle milden Stiftungen, ohne Unterschied, ob sie auf leibliche oder geistige Bedürfnisse gerichtet sind, den piis causis beizuzählen seyen, dienen die Anmerkungen Seuffert's im Archiv a. a. O., ferner v. Savigny System Bd. II. S. 271., Puchta Pand. §. 91. u. 158. vergl. mit §. 27., Mühlenbruch Pand. §. 263. vergl. mit §. 201., Sintenis Civilr. Bd. I. §. 31. u. 51. vergl. mit §. 15.

---

§. 108.

10. Vom unvordenklichen Besitz.**)

1) Worin bestehen die Eigenthümlichkeiten der s. g. Immemorial=Präscription?

---

*) Hier wird der Grund des Privilegiums in der äußeren Autorität gesucht, welche früher die Kirche über alle wohlthätigen Anstalten ausübte, findet man ihn aber vielmehr in dem Wesen derselben als privilegia rei vel causae data, so kann darauf nichts ankommen, welche Autorität nach dem Staatsorganismus über sie waltet.

**) Dieser Materie haben sich in neuerer Zeit drei gekrönte Preisschriften zugewendet: Schelling die Lehre von der unvordenklichen Zeit. München

2) Wie unterscheidet sich die unvordenkliche Verjährung vom Herkommen?
3) Welcher Zeitraum ist zu derselben erforderlich?
4) Wird die unvordenkliche Verjährung in dem Fall ausgeschlossen, wenn für gewisse Verhältnisse ein vertragsmäßiges oder gesetzliches Verbot der Verjährung besteht?
5) Schützt die Immemorialverjährung gegen verbietende Gesetze?
6) Ist der Grundsatz des gemeinen Processes, daß die Einrede der Verjährung in jedem Stadio processus noch vorgeschützt werden könne, auch auf die Immemorial-Verjährung anwendbar?
7) Wird die Immemorial-Verjährung durch actio et citatio, oder auch durch Protestation unterbrochen?
8) Findet gegen dieselbe Restitution statt?
9) Worauf ist das Beweisthema zu richten, wenn eine Partei den unvordenklichen Besitz vorschützt?
10) Welches Alter müssen die Zeugen haben, und was müssen ihre Aussagen im Wesentlichen enthalten?
11) Kann der Beweis der Unvordenklichkeit auch durch Urkunden geführt werden?
12) Kann auch der Eid als Beweismittel derselben gelten?
13) Worauf muß der Gegenbeweis gerichtet werden?
14) Wie viel Zeugen sind zum Gegenbeweis nöthig, und können auch da nur alte Leute als Zeugen zugelassen werden?
15) Können Zehnten und Dienste durch Unvordenklichkeit in eine Geldabgabe verwandelt werden?

Zu 1) Der unvordenkliche Besitz in seiner rechtlichen Bedeutung, als gesetzliche Anerkennung von Rechten, welche über Menschengedenken ausgeübt worden sind, oder eines Zustandes, von welchem Niemand weiß, daß je der entgegengesetzte stattgefunden hat, wird zwar ins-

---

1835., Buchka der unvordenkliche Besitz. Heidelberg 1841., Friedländer die Lehre von der unvordenklichen Zeit. Marb. 1843. Der dem unvordenklichen Besitz beizulegende Charakter einer Rechtsvermuthung ist vorzüglich ausgeführt von Arndts in dessen Beitr. zum Civilr. H. 1. S. 126. und Heim de vera praescr. immemorialis indole Marb. 1828. Vergl. oben Bd. I. §. 43 a. E. Ferner: v. Savigny System IV. §. 195 ff., Ortloff Jur. Abhandl. und Rechtsfälle II. No. 2. und Heimbach im Rechtslexikon XII. S. 546—618.

gemein und besonders im canonischen Recht, c. 1. de praescr. in VIto. (2. 13.), sowie auch im Reichsabschied v. J. 1548 dem Rechtsbegriff von Verjährung subsumirt (s. besonders Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 8.), läßt sich aber, da er blos conservativer Natur ist, in keine der gewöhnlichen Kategorien, — erwerbende oder erlöschende Verjährung — bringen, weshalb die juristische Terminologie in neuerer Zeit in der Bezeichnung einer blos schützenden Verjährung ein Auskunftsmittel gefunden hat, s. Dabelow über die Verjährung §. 124.; Neustetel und Zimmern römisch-rechtliche Untersuchungen S. 133. — [Das Canon. Recht faßte die Bedeutung der Unvordenklichkeit als eine allgemeine Ergänzung der eigentlichen Verjährung auf, welche da eintreten soll, wo die Bedingungen der letzteren nicht vorhanden sind, und demgemäß wendete es bereits den Ausdruck praescriptio auf sie an; s. Heimbach im Rechtslexikon XII. S. 613., Windscheid Lehrbuch I. §. 113. Allein der begriffliche Unterschied ist so wesentlich, daß es nur zu Irrthümern führen kann, wenn die Unvordenklichkeit mit der Verjährung oder Ersitzung zusammengeworfen wird. Die Unvordenklichkeit ist nicht ein Rechtsgrund der Erwerbung, sondern eine Rechtsvermuthung, daß das fragliche Recht in unvordenklicher Zeit einmal (rechtmäßig) begründet und erworben worden sey, oder wie man es ausgedrückt hat, sie dient nicht, Rechte zu erwerben, sondern Rechte zu sichern, deren Erwerbung nicht nachzuweisen ist; Arndts Beiträge I. S. 126., Schelling Lehre v. d. unvord. Zeit S. 98., Göschel Zerstreute Blätter I. S. 373. Dieser Auffassung, welche übrigens neuerdings wieder von Windscheid a. a. O. als eine „problematische“ bezeichnet, und von Heimbach im Rechtslexikon XII. S. 614. entschieden bekämpft wird, scheint auch die Praxis im Ganzen immer entsprochen zu haben, s. Arndts a. a. O. S. 129. und Thibaut System §. 1035. Weil im einzelnen Rechtsfall die Unvordenklichkeit denselben processualischen Dienst, wie die Thatsache der eigentlichen Ersitzung leisten, d. h. den sonst erforderlichen Beweis des Rechtserwerbs ersetzen kann, so kam die Doktrin dazu, die Unvordenklichkeit unter den Begriff der Verjährung als einer allgemeinen Erwerbungsart von Rechten zu subsumiren. Dem Oesterr. Recht fehlt das Institut der Unvordenklichkeit ganz: s. Unger System d. österr. Privatr. II. S. 257. Im Preuß. Landrecht (I. 9. §. 655—659) ist statt jenes Instituts eine 50jährige Ersitzung aufgestellt worden: s. Koch, Lehrbuch d. preuß. R. I. §. 161. und Heimbach im Rechtslexikon XII. S. 574.] — Im R. R. kommt die Unvordenklichkeit, als den Rechtsschutz begründend, neben dem unbestimmteren Aus-

druck vetustas*) nur bei Anstalten, welche in Beziehung auf den ductus aquae über Menschen Gedenken bestehen, vor, s. l. 3. §. 4. D. de aqua quotid. et aestiva (43. 20.) l. 1. §. ult. l. 2. l. 26. D. de aqua pluv. arc. act. (39. 3.), auf welche sich auch die l. 28. D. 22. 3. bezieht,**) s. Glück Thl. XXI. S. 414. Durch das canonische Recht, c. 21. u. 26. X. de V. S. (5. 40.) — c. 1. de V. S. in VIto — c. 1. de praescript. in VIto (2. 13.) sowie durch mehrere Reichsgesetze, z. B. in cap. 8. §. 1. der goldenen Bulle, in dem Reichsabschied vom Jahre 1548. §. 56. 59. 63. und 64., dem I. P. O. V. 27. VIII. 4. IX. 2. und XV. 2. und vollends durch die Praxis erhielt dieses Rechtsinstitut eine größere Ausdehnung. [Ueber das ältere deutsche Recht vergl. Beseler System I. S. 259—262. Gegen Buchka's Versuch einer ausschließlichen Herleitung aus dem deutschen Recht, vergl. Pfeiffer i. d. Zeitschr. f. deut. R. VIII. S. 1 ff. u. Heimbach im Rechtslexikon XII. S. 549 ff. und S. 569.]

Nach der gemeinen Meinung der älteren und neueren Rechtsgelehrten wirkt die unvordenkliche Verjährung auf alle Rechte, für welche ein rechtmäßiger Grund des Erwerbes möglich ist, und welche zugleich einen Besitzstand, possessio oder quasi-possessio in dem ausgedehnten Sinn des canonischen Rechts zulassen; s. Valett Lehrb. Bd. I. §. 129 b., Mühlenbruch a. a. O. Thl. II. §. 269., Mittermaier deutsch. Privatr. Th. I. §. 164., Göschen Vorlesungen Bd. I. S. 337., Mackeldey Lehrb. §. 265., v. d. Pfordten in den krit. Jahrbüchern für Rechtswissensch. Bd. VIII. S. 37. ꝛc. u. 44., Pfeiffer a. a. O. Bd. VII. S. 245., Buchka der unvordenkliche

*) S. oben Kap. II. §. 92. Fr. 8. Vergl. dazu Schmidt von Ilmenau civilist. Abhandl. S. 173 ff. 186 ff.

**) Auch da aber erscheint die Unvordenklichkeit nicht als Mittel zur Erwerbung von Dienstbarkeitsrechten; denn dazu reicht schon longum tempus hin, wenn keines der drei vitia possessionis obwaltet, l. 1. §. ult. supra cit. D. (39. 3.), Zimmern a. a. O., vergl. Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 141., wo man eine frühere Conjectur desselben Schriftstellers in dessen Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz §. 56. aufgegeben findet. Daß zur Erwerbung der servitutes discontinuae die unvordenkliche Zeit nach R. R. erforderlich sey, ist eine zwar unter den früheren Rechtsgelehrten durch die Glossatoren allgemein verbreitete, auch in einzelne Landesgesetzgebungen z. B. Cod. Max. Bav. civil. P. II. cap. 7. §. 5. eingedrungene, nach Pfeiffers prakt. Ausführungen Thl. VII. S. 517. bei dem O.-A.-Ger. in Cassel zur Observanz gewordene, aber nun allgemein als grundlos erkannte Meinung, s. Glück Thl. IX. §. 629. S. 148. und die dort angeführte Literatur, Schweppe Röm. Privatr. §. 305., vergl. Unterholzner a. a. O. §. 45., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 95.

Besitz, Heidelb. 1841. S. 25., Dollmann in Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. VII. S. 340., Hufnagel Mittheil. H. 2. S. 472., Erk. d. O.=A.=Ger. in Oldenburg in Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 2. S. 185. u. d. O.=A.=Ger. zu Celle in der jurist. Ztg. f. Hannover 1843. H. 1. S. 42. Die herrschende Lehre und Praxis ist daher gegen den von v. Savigny System IV. S. 484. 503. 510. und nach ihm auch von Friedländer die Lehre von der unvordenkl. Zeit, Marburg 1843. angenommenen Grundsatz: daß die unvordenkliche Verjährung außer den publicistischen Verhältnissen nur auf die Reallasten des deutsch. Privatrechts, oder auf solche Rechtsinstitute zur Anwendung komme, bei welchen die römischen Verjährungen ausgeschlossen sind [s. Windscheid Lehrbuch I. §. 113. S. 270., Arndts Lehrbuch §. 91.]; doch findet man ihre Anwendung allerdings vorzüglich bei solchen Gerechtsamen, welche sonst nur durch landesherrliche Verleihung erlangt werden können, z. B. bei dem Besitz verleihbarer Regalien, wie Jagd=Gerichtsbarkeits=Recht rc., bei der Steuerfreiheit und anderen Immunitäten, insbesondrre kirchlichen Rechten, welche in einem fremden Sprengel ausgeübt werden u. s. w., s. Pfeiffer a. a. O. Mit den (eigentlichen) Verjährungsarten hat sie nur das Erforderniß eines juristischen Besitzes gemein. Necesse est, ut eo ipso jure, de quo quaeritur, tanquam suo jure fuerit praescribens.

Eigenthümlich ist der Immemorial=Verjährung,

a) daß sie sich auf Gegenstände erstrecken kann, welche keiner Verjährungsart, oder nur unter außergewöhnlichen Erfordernissen unterworfen sind,*) z. B. bei gewissen eximirten Kirchensachen im canonischen, bei Reichssteuern im deutschen Recht, s. c. 1. de praescr. in VIto (2. 13.); der unvordenkliche Besitz ist im c. 26. X. de V. S. (5. 40.) einer Kaiserlichen Verleihung gleichgestellt, und nach l. 2. §. 3. D. 39. 3. gelten opera, quorum memoriam vetustas excedit, denen gleich, quae publica autoritate facta sunt. Von der unvordenklichen Verjährung ist nämlich nichts ausgeschlossen, als woran ein Rechtstitel gar nicht als möglich gedacht werden kann,**) oder wo — wie bei der actio fin. re-

*) Z. B. man nimmt gewöhnlich an, daß das Recht, jährliche Gefälle zu fordern, durch bloßen Nichtgebrauch auch nicht verloren gehe. Durch unvordenkliche Verjährung wird aber die Immunität geschützt, folglich gilt da das Gegentheil, s. Thibaut über Besitz und Verj. §. 60. u. 76.

**) Durch ein Erkenntniß des Obertribunals in Stuttgart wurde die Begründung eines Amts=Utilitäten=Bezugs durch unvordenkliche Verjährung, im

gund. — kein Theil einen festen Besitzstand hatte, Thibaut a. a. O. §. 75. u. 76. Omne jus, cujus legitima adquisitio ullo modo cogitari potest, per praescript. immemorialem acquiritur, Müller ad Leyser. T. V. Obs. 437. Im Verhältniß des Bürgers zum Bürger kann daher der unvordenkliche Besitz kein Rechtsverhältniß begründen, welches schlechterdings der Willkür der Bürger entzogen ist, s. Müller l. c. Obs. 737. u. 738., dem Regenten gegenüber kommt zunächst der Unterschied zwischen regalia majora und minora in Betracht.

Indem es am häufigsten der Immemorialverjährung zur Begründung der deutschrechtlichen Präſtationen bedarf, ist nach Eichhorn deutsch. Privatrecht §. 163. eine Distinction zu beobachten. Solche subjectiv-dingliche Rechte nämlich, welche als eine Beschränkung der natürlichen Freiheit gegen jeden Besitzer der Sache geltend gemacht werden, ohne doch mit einem Proprietätsrecht verbunden zu seyn, können als Wirkung eines bestimmten Subjections-Verhältnisses der Sache und ihres Besitzers gegen den Berechtigten oder den Verleiher begründet seyn, und dann kann die Verjährung eine 30jährige seyn, vergl. Thibaut Besitz und Verjährung §. 37. In Rücksicht auf Leistungen, welche ohne Subjectionsverhältniß gefordert werden, schützt die Unvordenklichkeit den Besitzstand, wenn sie entweder ihrer Natur nach unter Voraussetzung einer Subjection vorkommen können, da jene überhaupt die Rechtsvermuthung einer ursprünglich rechtmäßigen Erwerbung begründet, und in diesem Fall der unvordenkliche Besitz den Beweis enthält, daß ein ursprüngliches Subjectionsverhältniß theilweise erhalten ist, oder eine bestimmte Art von Leistungen auch ohne Subjectionsverhältniß, wenigstens sofern sie durch Privilegien begründet ist, als Institut des gemeinen oder particulären Rechts vorkommt; da auch in diesem Fall jene Rechtsvermuthung entscheidend ist.

b) Daß bei der praescr. immemor. nach der bona fides eben so wenig als nach dem Erwerbstitel gefragt werden kann. Zu einem redlichen Besitz würde ja ein redlicher Anfang erfordert,

---

Mangel eines privatrechtlichen Titels, als dem öffentlichen Recht angehörig, gar nicht zur civilrechtlichen Beurtheilung geeignet erkannt, und der Satz, daß der unvordenkliche Besitz vom Beweise eines bestimmten Rechtstitels befreie, nur da für anwendbar erachtet, wo das in Frage stehende Recht blos vermöge Privatrechts erworben und besessen werden kann, Seuffert's Archiv Bd. I. S. 176.

der Anfang ist aber eben unerforschlich, daher auch der Entstehungs- oder Erwerbsgrund. Man kann sich aber dabei auch keine mala fides superveniens als möglich denken; denn um der Unredlichkeit des Erwerbs sich irgend einmal bewußt zu werden, müßte man ja den Anfang und die Entstehungsart wissen, was durchaus mit der Unvordenklichkeit in Widerspruch stände; Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 48.

Zu 2) Unter Herkommen versteht man, gleichbedeutend mit Observanz eine Rechtsregel, welche durch die stillschweigende Befolgung einer gewissen Klasse von Personen, z. B. Einwohnern eines Landbezirkes oder Mitgliedern eines Collegiums rc. verbindende Kraft für alle gleichartigen Fälle erhält, wohingegen die unvordenkliche Verjährung nur in der concreten Anwendung auf einen bestimmten einzelnen Fall vorkommt, und diesem insbesondere zur Entscheidung dient; Pfeiffer a. a. O. S. 9., Ahlveldt-Laurwig Diss. de praescr. immemor. Hafn. 1821. §. 18. [Vergl. übrigens Heimbach im Rechtslexikon XII. S. 575 ff. und 618.]

Zu 3) Ein bestimmter Zeitraum kann hier nach der Natur der Sache nicht angenommen werden. Von der Meinung älterer Rechtsgelehrten, als wäre allgemein ein 100jähriger Besitzstand nöthig, s. Oekel Diss. de praescrip. immemoriali cap. 1. th. 8. Altdorf 1683., ist man allgemein abgekommen. Nach sächsischem Recht wird über das positive factum des Besitzes das Zeugniß aus eigener Wissenschaft von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen erfordert; Kind Qu. for. T. III. c. 62. pag. 300. Gewöhnlich wird als minimum eine Zeit von 40 Jahren angenommen, s. Buchka a. a. O., v. Savigny System IV. S. 520., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. VII. S. 193. (vergl. folgende Fr. 8.)

Zu 4) Daraus, daß die unvordenkliche Verjährung selbst in denjenigen Fällen stattfindet, in welchen jede andere Verjährung ausgeschlossen ist, findet man von angesehenen Rechtsgelehrten den Schluß gezogen, daß auch in den bezeichneten Fällen die unvordenkliche Verjährung nicht in dem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Verbot begriffen erachtet werden könne. Kress Diss. de genuina natura et indole vetustatis s. praescr. immemor. Helmst. 1734. §. 22., Boehmer J. E. P. L. II. tit. 26. §. 43., Leyser Sp. 461. M. 7., Wernher T. III. P. I. Obs 319., Wiese Handb. d. Kirchenr. Th. II. §. 305., Günther Princ. jur. Rom. §. 327.

Zu 5) Eine wahre Collision zwischen der Wirksamkeit der Immemorialverjährung und eines damit in Widerspruch stehenden Gesetzes

ist dann nicht vorhanden, wenn das Gesetz nur die Erwerbung eines Rechts für die Zukunft verbietet; das bereits erworbene Recht bleibt dann, wenn der unvordenkliche oder zwei Menschenalter hindurch, von der Zeit des erhobenen Processes zurückgerechnet, bestandene Besitz erwiesen wird, unanfechtbar. Die Collision tritt mithin nur dann ein, wenn das Gesetz ein Rechtsverhältniß ganz oder theilweise aufhebt, oder in den Händen einer bestimmten Classe von Personen nicht gelten läßt.

Diesfalls sollte man auf den ersten Anblick es gar nicht zweifelhaft finden, daß einem Gesetz gegenüber der unvordenkliche Besitz nicht helfen könne, wie Buchka a. a. O. statuirt. Es fehlt aber gleichwohl nicht an Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung; s. Boehmer Diss. de praescr. immemoriali contra leges maxime prohibitivas valente in den Exerc. T. V. no. 83., Heimburg Diss. de praescr. immem. contra legem prohibentem valente. Jen. 1756., Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 73., Leyser Sp. 461. M, 1.; es scheint noch eine Distinction der Fälle nöthig. Das Gesetz kann nämlich in eine Periode fallen, welche neuer ist, als der bereits vollendete unvordenkliche Besitz, und da kann dieser eben so wenig berücksichtigt, als überhaupt der Rechtsweg gegen das Gesetz zugelassen werden. Das Gesetz kann aber auch aus einer Periode seyn, welche noch hinter der unvordenklichen Zeit liegt, so daß sich während der Herrschaft desselben ein mit dessen Vorschriften nicht im Einklang stehender unvordenklicher Besitz gebildet hat, ohne daß man doch behaupten kann, daß das Gesetz allgemein in desuetudinem verfallen sey. Nun kann dieses Gesetz von solcher Beschaffenheit seyn, daß es mit der Erreichung des Staatszwecks in unmittelbarem und wesentlichen Zusammenhang steht, so daß die Uebertretung als ein die gemeine Wohlfahrt gefährdender Mißbrauch erscheint, und da sind auch die oben angeführten Dissentienten damit einverstanden, daß die unvordenkliche Verjährung ausgeschlossen ist; s. auch Gebr. Overbeck Meditt. Th. VII. S. 176. u. 180., Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VI. no. 42. Bd. VII. no. 98. — besonders c. 1. de consuetud. in VIto. — Allein es gibt auch Gesetze und Ordnungen, welche blos im Interesse des Privateigenthums erlassen sind, und sich nur auf die Benutzungsweise im Interesse des Eigenthümers beziehen, aber das öffentliche Interesse entweder gar nicht, oder nur entfernt, mehr oder minder berühren, z. B. bei der Frage über die Zulassung der unvordenklichen Verjährung in dem Falle, wo gegen ein Landesgesetz die Schafhut in einer fremden Waldung über Menschengedenken ausgeübt worden war. In diesem Fall

ließ die Göttinger Facultät die unvordenkliche Verjährung zu, s. Reinharth ad Christin. Vol. IV. Obs. 50. §. 53. und Pfeiffer a. a. O. Bd. II. S. 110., welcher aber auch eine Entscheidung im entgegengesetzten Sinn in Cramer's Wetzlarischen Nebenstunden Th. XXXV. S. 30. anführt. Letztere scheint jedoch nur dann wirklich gegründet, wenn durch ein Gesetz alle Gemeinde- und Privatwaldungen der leitenden Forstaufsicht des Staats unterworfen worden sind. Aehnliche Fälle, wo die Berufung auf unvordenklichen Besitz gegen Gesetze nicht schlechthin und ohne Unterschied verworfen werden kann, kommen bei Gewerbsordnungen hinsichtlich der radicirten Gewerbe oder Realgewerbs-Gerechtigkeiten, bei Zehent-, Forst-, Jagd- und landwirthschaftlichen Ordnungen ratione modi juris exercendi häufig vor. Es kommt dann auch wohl in näheren Betracht, ob sie als eigentliche Prohibitivgesetze oder nur als dispositive anzusehen sind, und im letztern Fall kann man wohl Struben's nur zu weit ausgedehnte Meinung im Bd. I. no. 135. der rechtl. Bedenken zu Gunsten der Immemorial-Verjährung in dem Fall einer bestrittenen Art der Auszehndung nicht ganz verwerfen. Die Schwierigkeit der Beurtheilung in concreten Fällen veranlaßt indessen öftere Disformität der Erkenntnisse. Mit Recht ist wohl von dem Oberappell.-Ger. in Cassel die Berufung auf unvordenkliche Verjährung gegen die in der Jagdordnung bei Strafe vorgeschriebene Hegezeit verworfen worden, wenn gleich die Jagdgerechtigkeit selbst nach ausdrücklicher Bestimmung der Jagdordnung durch unvordenklichen Besitz erworben werden kann, s. Pfeiffer a. a. O. S. 111. Mit vollem Grund wird in Böhmer's Rechtsfällen Bd. III. Th. II. Resp. 242. no. 8. angenommen, daß einem geistlichen Corpus die unvordenkliche Verjährung gegen die Amortisationsgesetze, welche die Erwerbung weltlicher Grundstücke untersagen, nicht zu Statten komme. Zweifelhaft ist es, wie Pfeiffer a. a. O. S. 110. bemerkt, mit Dabelow Verjährung Th. II. S. 92. und Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 299. anzunehmen, daß unvordenkliche Verjährung gegen allgemeine Einfuhrverbote und gegen Gesetze über den bei der Subrepartition der Einquartierungslast zu beobachtenden Maßstab zulässig sey.

Zu 6) Nein; denn die unvordenkliche Verjährung kann nicht mit der Extinctivverjährung verwechselt werden, welche allein in dem Proceß eine privilegirte Einrede erzeugt; Pfeiffer a. a. O. §. 2. S. 11.

Zu 7) Gegen die Meinung älterer Schriftsteller ist nun wohl allgemein angenommen, daß nur eine factische Unterbrechung statuirt werden könne, d. i. eine solche, durch welche der Besitz verloren oder

ein entgegengesetzter Zustand auf eine der Fortdauer des Rechts Eintrag thuende Weise bewirkt wird, s. Schelling Lehre von der unvordenkl. Zeit, München 1835. S. 120., Thibaut Besitz und Verjährung §. 78. Auch richterliche Inhibitorialien, welche, wenn sie nur auf einseitiges Anrufen erlassen wurden, nicht in Rechtskraft übergehen, und bloße Störungen von Seiten des Gegentheils, wenn man sich dadurch von der Fortsetzung des Besitzes nicht abhalten läßt, könne eine Unterbrechung nicht bewirken, s. Pfeiffer a. a. O. S. 25. u. Bd. VII. S. 195., v. Savigny System IV. S. 526., Leyser Sp. 462. M. 25. Die Anstellung einer Klage kann den Fortgang der unvordenklichen Zeit gar nicht hindern; ist der Rechtsstreit liegen geblieben, so kann ihm ohnedies keine hindernde Wirkung beigelegt werden: ist er aber noch jetzt im Gange, so wird durch dessen Anfang nur der Zeitpunkt bestimmt, von welchem an die zwei Menschenalter aufwärts zu rechnen sind; v. Savigny a. a. O.

Zu 8) Die Unzulässigkeit der Restitution gegen diese Verjährungsart unterliegt am wenigsten einem Zweifel; weder ex capite ignorantiae, noch Kirchen wird sie gestattet; Thibaut a. a. O. §. 77., Dabelow Verjährung Th. II. Anh. §. 4., Pfeiffer a. a. O. S. 96., Schweppe R. Privatr. §. 987.

Zu 9) Daß seit Menschengedenken der fragliche Zustand bestanden und daß man auch von seinen Vorfahren einen entgegengesetzten Zustand nicht in Erfahrung gebracht habe, s. v. Savigny System IV. S. 517. Die unvordenkliche Zeit beruht nämlich auf dem Bewußtseyn von zwei Menschenaltern; die jetzt lebenden sollen wissen, daß der gegenwärtige Zustand, so lange ihre Erinnerung reicht, unverändert bestanden hat, und es soll ihnen ferner von ihren unmittelbaren Vorfahren nicht die Wahrnehmung eines entgegengesetzten Zustandes mitgetheilt worden seyn. [Dazu Heimbach im Rechtslexikon XII. S. 579 ff.].

Zu 10) Indem man annehmen darf, daß der Mensch im 10jährigen Alter hinlängliche Fähigkeit zur Wahrnehmung und Unterscheidung habe, möchte ein 50jähriges Lebensalter, da alsdann seine Erfahrung einen 40jährigen Zeitraum umfaßt, zwar als hinreichend gelten, s. Pfeiffer a. a. O. S. 49., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 150., wie es auch beim vormaligen Reichskammergericht dafür galt, s. Gaill Obs. Lib. I. Obs. 92. no. 7*), Pufen-

*) Irrig citirt Pfeiffer a. a. O. Bd. VII. S. 215. für das Postulat eines 54jährigen Alters: Gaill Obs. Lib. II. Obs. 66. no. 9. Es heißt

dorf Obs. T. I. Obs. 151. §. 5., Heimbach Rechtslexikon XII. S. 583., Windscheid Lehrbuch I. §. 113. und auch als die bei dem O.-A.-Ger. zu Celle recipirte Meinung bezeugt wird, s. Hagemann praktische Erörterungen Bd. VII. no. 98., aber auch als das Minimum anzunehmen und nicht nach Schmidt Opusc. de praescr. no. 1. §. 65. mit einem 30jährigen Alter sich zu begnügen, aber auch eben so wenig, wie Leyser Sp. 460. M. 6. u. 7. will, ein 70jähriges Alter zu prätendiren seyn. Meistens wird jedoch in praxi ein 54jähriges Alter als erforderlich genommen, s. Dabelow Verjährung §. 113. not. t., Kori Theorie der Verjährung §. 85., Hellfeld Jurispr. for. §. 1776., Ockel D. de praescr. immemor. c. 12. th. 2., Kress de genuina natura et indole vetustatis c. 4. §. 5., Thibaut System §. 1048., welcher letztere jedoch in seiner Schrift über Besitz und Verjährung §. 80. es als das Vernünftigste anerkennt, sich hier auf die Angabe bestimmter Jahre nicht einzulassen, sondern nur im Allgemeinen zu verlangen, daß der Zeuge an dem Ort, wo der Beweis zu führen ist, zu den bejahrten Männern gehöre. Ein Alter von 50 Jahren — sagt v. Savigny System IV. S. 521. — ist für jeden Zeugen schon ganz hinreichend, und die Voraussetzung, daß vor der Pubertät kein sicheres Bewußtseyn möglich sey, ist ganz willkürlich und grundlos. Mit Thibaut stimmen auch überein Buchka a. a. O. §. 7., Schelling a. a. O. S. 127. Ein höheres Alter kann aber — wie Pfeiffer a. a. O. S. 52. bemerkt — dann erforderlich werden, wenn eine geraume Zeit vor Anstellung der Klage keine Gelegenheit zur Ausübung der Besitzhandlungen vorhanden war; denn da schiebt sich der Anfangspunkt, von welchem aus eine 40jährige Kenntniß zurückzurechnen ist, weiter zurück. Es kann übrigens nicht gefordert werden, daß alle Zeugen ein hohes Alter haben müssen; denn man kann ja wohl über die neuere Periode gewisse Zeugen, und über die ältere andere Zeugen oder Urkunden produciren, s. Pfeiffer a. a. O. Die Zeugen müssen solche Personen seyn, welchen während ihres Gedenkens ein entgegengesetzter Zustand nicht hätte unbekannt bleiben können, s. Pfeiffer a. a. O.

In Ansehung des erforderlichen Inhalts der Zeugenaussagen halten zwar manche Rechtsgelehrte bezüglich desjenigen Theils der Beweisaufgabe, welche die unmittelbar vorhergegangene Generation betrifft, für erforderlich, die Zeugen müßten positiv die Permanenz

---

da nur: quoties de antiquitate probanda vel facto antiquo agitur, recurrendum est ad seniores, in Lib. I. Obs. 92. no. 7. aber in Camera quinquagenarii pro senibus reputantur.

des in Frage stehenden Zustandes auch von ihren Vorfahren und aus deren Zeit erfahren haben; s. Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 41. tit. 3. §. 44., Leyser Sp. 460. M. 7., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 983., Stryck de jure sensuum Cap. III. §. 15., Gaill Lib. II. Obs. 66. no. 9., Schelling a. a. O. S. 131., es ist aber doch wohl als die richtigere und herrschende Meinung anzunehmen, daß, weil der Begriff der Immemorialverjährung selbst negativ ist, s. l. 28. D. 22. 3. nec audisse, nec vidisse, nec ex iis audisse, qui vidissent aut audissent, auch die Negative im Beweissatz stattfinden müsse, s. Thibaut a. a. O. §. 81., Pfeiffer a. a. O. §. 11. u. Bd. VII. S. 201., Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 150., Heimbach im Rechtslexicon XII. S. 586., s. vorzüglich: v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 188. „Es ist genug darzuthun, daß man das fragliche Recht als solches über Menschen Gedenken ausgeübt habe, und zwar in Ansehung der lebenden Generation positiv, in Ansehung der vorigen aber nur, daß man das Gegentheil nicht wisse", vergl. Götz rechtl. Entsch. der juristischen Facultät zu Altdorf S. 262., Pfeiffer a. a. O. Bd. II. S. 43., Rave Princ. doctr. de praescriptione §. 181. — Erk. d. O.-A.-Ger. in Celle s. jurist. Ztg. für Hannover Jahrg. 21. H. 2. S. 56. u. d. O.-A.-G. in Cassel s. Pfeiffer a. a. O. — Handelt es sich um den verjährungsweisen Erwerb der Befreiung von einer Last, so wird insbesondere erfordert, daß Fälle sich ereignet haben, durch welche zur Ausübung des Rechts Gelegenheit gegeben war.

Zu 11) Mehrere verneinen dies ganz; s. Stryck de jure sensuum C. III. §. 22., Wernher T. II. P. 10. Obs. 379., Böhmer jus controvers. Obs. 10. Andere halten den Urkundenbeweis nur in Verbindung mit dem Zeugenbeweis für statthaft, s. Hellfeld Jurispr. for. §. 1176. Wieder Andere bejahen die Frage unbedingt, s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 983., Walch Introd. in C. J. C. Sect. II. c. II. §. 24., Kori Theorie der Verjähr. §. 85., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 150. Man wird mit Thibaut a. a. O. §. 84. und Buchka der unvordenkliche Besitz S. 50. annehmen müssen: die Möglichkeit, daß auch durch Urkunden dasjenige constatirt werden könne, was Zeugen erproben können, lassen sich nicht unbedingt leugnen, wenigstens was den positiven Theil des Beweissatzes betrifft. Zweifelhafter bleibt es freilich in Ansehung des negativen Theils; nec ab iis audisse, qui audissent aut vidissent. Die Urkunden müßten den Besitzstand durch zwei Menschenalter beweisen; dann dürfte der Beweis durch Urkunden, nach Dabelow Verjährung

§. 125. S. 100. sogar dem Zeugenbeweis noch vorzuziehen seyn. Rave Princ. doctr. de praescr. §. 180. — Pfeiffer a. a. O. Bd. VII. S. 221., sowie v. Savigny System IV. S. 523. erkennen den Beweis durch Urkunden zur Ergänzung des Zeugenbeweises für sehr geeignet, besonders um den Besitz in einzelnen Zeitpunkten darzuthun. [Heimbach Rechtslexikon XII. S. 588. pflichtet der v. Savignyschen Ansicht bei und erklärt Urkunden selbst als alleiniges Beweismittel zuläſſig].

Zu 12) In Ansehung des Erfüllungseides hat wohl die Zulässigkeit kein erhebliches Bedenken gegen sich, s. Pfeiffer a. a. O. S. 65. u. die dort angeführten Schriftsteller. Mehr Zweifel walten ob gegen die Eideszuschiebung. Während Thibaut a. a. O. §. 85., Rave a. a. O. §. 135., Pufendorf T. II. Obs. 55., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 983. not. b., Schmidt Opusc. de praescr. §. 169., Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 150., Martin Lehrb. d. Proc. §. 213. not. r., Kori a. a. O. §. 85., v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 188., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 269. u. A. gar keinen Anstand gegen die Zulässigkeit finden, sagt Dabelow a. a. O: §. 125. „Etwas Ungereimteres lasse sich wohl schwerlich denken, als die Eideszuschiebung hier behaupten zu wollen"; auch kann der Gerichtsbrauch des O.-A.-G. in Cassel für Dabelow's Meinung angeführt werden, wie Pfeiffer a. a. O. Bd. VII. S. 224. bezeugt. Wenn freilich eine Proceßordnung überhaupt eine Eideszuschiebung über Dinge, welche der Delat nicht wohl wissen kann, nicht zuläßt, wird man ihm, wie Glück und Seuffert in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. IV. S. 117. bezüglich der Bayerischen Gerichtsordnung gethan haben, wohl beistimmen müssen. Auch davon abgesehen scheinen die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung zu weit zu gehen, wenn sie sich lediglich darauf stützen, daß die Freiheit der Partei, ihres Gegners Gewissen die Entscheidung zu überlassen, durch kein Gesetz beschränkt sey; denn in Fällen wo die Natur der Sache es nicht zuläßt, z. B. wenn es blos auf das Urtheil der Sachverständigen ankommt, pflegt man ja auch die Eidesdelation nicht zuzulassen. Indessen wird man gerechtes Bedenken tragen müssen, sie in dem Streit über Unvordenklichkeit auszuschließen. Was könnte ihr z. B. entgegen stehen, wenn man nur den Beweis für die neuere Periode bei Unzulänglichkeit der andern Beweismittel durch sie ergänzen wollte, während man in Betreff der vorigen Generation Urkunden und Zeugen in vollständiger Maße für sich hat? — In beschränkter Maße, nämlich in Bezug auf specielle erschöpfende Thatsachen, in Verbindung

mit anderen Beweismitteln ist daher die Zulässigkeit dieses Beweismittels gewiß nicht zu bezweifeln, s. Pfeiffer a. a. O. S. 59., Kori a. a. O., Malblanc Doctr. de jurej. §. 44. (Ed. 2), v. Savigny a. a. O. S. 524. Die meisten neueren Schriftsteller erklären sich aber auch überhaupt für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung, s. Valett Lehrb. Bd. I. §. 129 b., Göschen Vorlesungen Bd. I. S. 338., Schelling a. a. O. S. 136., Heimbach im Rechtslexikon XII. S. 593.; Buchka a. a. O. S. 51. Letzterer normirt den Eid dahin: „daß der Besitz nicht ununterbrochen während des letzten Menschenalters bestanden habe, oder daß die Erinnerung an einen entgegengesetzten Zustand aus dem vorletzten Menschenalter existire"; v. Savigny System IV. S. 524: „daß der Gegner die ununterbrochene Fortdauer des gegenwärtigen Zustandes während der letzten zwei Menschenalter weder wisse noch glaube".

Zu 13) Würde der Reprobant nur beweisen, daß in irgend einer älteren Zeit ein anderer Rechtszustand bestanden habe, und diesen sogar durch unverwerfliche Urkunden außer Zweifel setzen, so würde er dadurch an und für sich nichts*) gegen die unvordenkliche Verjährung ausrichten. Zwar kann man dem Reprobanten nicht den Beweis zumuthen, daß nie ein anderer Zustand gewesen sey, wie gleichwohl Schweppe im R. Privatr. §. 158. für erforderlich hält, nam tempora mutantur et nos mutamur in illis. — Non id agimus, ut aeternum statum quaeramus etc. sagt Lyncker in Resp. T. I. R. 2. no. 127. Er muß daher in der Regel einen intra hominum memoriam stattgehabten andern Zustand, oder einen seit Menschengedenken entstandenen Anfang des Zustandes, welchen der Probant für unvordenklich ausgibt, beweisen; l. 28. D. 22. 3. — l. 2. §. 8. D. 39. 3., Unterholzner a. a. O. §. 150., Böhmer J. E. P. T. I. L. II. tit 26. §. 42., Hofacker a. a. O. §. 982., Thibaut a. a. O. §. 82., Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 139. etc. Urkunden aus einer weit außerhalb der Grenzen menschlicher Erinnerung liegenden Zeit können nicht zum Gegenbeweis sich qualificiren, indem sie nicht die aus dem nachherigen unvordenklichen Besitz zu entnehmende Voraussetzung einer

*) Dem steht nicht entgegen, wenn Schelling a. a. O. S. 138. sagt: man könne nicht behaupten, der Gegenbeweisführer richte nichts aus, wenn er, nachdem der Beweisführer einen 40jährigen Besitz dargethan, beweist, daß vor 40 Jahren das Gegentheil stattgefunden habe. Schelling hat hierin um deswillen Recht, weil ja 40 Jahre nur das Minimum der unvordenklichen Zeit ist, und nach seiner Voraussetzung der Reprobant einen Anfang des gegenwärtigen Zustandes dargethan hätte, vergl. zur Fr. 3. —

Abänderung des ursprünglichen Zustandes auszuschließen vermögen. Doch würde der Beweis eines zur Erlangung juristischen Besitzes nicht qualificirten Titels oder eines initium vitiosum aus einer Menschengedenken überschreitenden Zeit alsdann nicht verworfen werden können, wenn zugleich dargethan wäre, daß darin die Entstehung des gegenwärtigen Besitzes unmittelbar begründet sey. Pfeiffer a. a. O. S. 70. u. 77., Heimbach im Rechtslexikon XII. S. 594 ff.

Der Gegenbeweis kann übrigens auch auf stattgehabte bestimmte Unterbrechungen (nicht bloße Störungen des Besitzes), s. v. Savigny a. a. O. S. 525., Schelling a. a. O. S. 145., wohl auch nach Schelling a. a. O. auf den Mangel eines juristischen Besitzes, nämlich auf ein zufälliges nicht rechtliches Bestehen des Zustandes gerichtet werden, wenn man nicht vielmehr behaupten dürfte, daß das Letztere nicht eigentlich in die Sphäre des Beweises, sondern der richterlichen Reflexion falle. Heimbach a. a. O. S. 597.

Zu 14) Neller de idea praescr. immem. §. 3. in Opusc. T. II. P. I. Op. 5. schließt aus den Worten der l. 28. D. 22. 3. und l. 2. §. 8. D. 39. 3., daß Ein Zeuge, welcher des entgegengesetzten Zustands sich erinnert, genügen müsse; cum is, qui praetendit immemorialem, dicat: nullus meminit, contradicetur ei hoc praeciso: aliquis meminit, nec opus est dicere; duo vel plures meminerunt. Dieses Argument beruht aber auf einer Verwechslung dessen, was der Gegensatz enthalten muß, mit dem, was zum Beweis des Gegensatzes erforderlich ist, und da ist denn keine Ausnahme von den Erfordernissen eines vollen Beweises in den Gesetzen zu finden, s. Pfeiffer a. a. O. S. 73.

Auf hohes Alter kann es aber bei den Gegenbeweiszeugen begreiflicher Weise nicht ankommen, da sie ja nur eine innerhalb Menschengedenken sich ergebenes factum zu bezeugen brauchen. Kress D. cit. cap. 4. §. 7. Heimbach im Rechtslexikon XII. S. 599.

Zu 15) Die Meinung Derjenigen, welche schon bei 30jähriger ununterbrochener Leistung und resp. Annahme eines gleichförmigen Dienstgeldes das Recht auf Naturaldienste als durch Verjährung erloschen betrachten, s. Haubold Sächs. Privatr. §. 471., Mittermaier Deutsches Privatr. Bd. I. §. 197. (177.) beruht wohl auf keinem richtigen Grund: denn die Leistung eines Aequivalents enthält immer nur einen Vertrag für jeden einzelnen Fall, welcher das Zurückgehen auf den ursprünglichen und eigentlichen Gegenstand der Verbindlichkeit nicht ausschließt, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 167. u. 250., daher nur eine qualificirte Verjährung in Betracht kommen

könnte; Struben rechtl. Bedenken Th. IV. No. 17., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. I. no. 39. Dagegen der unvordenklichen Verjährung muß doch wohl die Wirkung beigelegt werden, die Naturaleinforderung auszuschließen, da die Unvordenklichkeit loco tituli ist, und den Beweis eines zum Grund liegenden Vertrags überflüssig macht. Leyser Sp. 462. Med. 29., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 236. a. E., Gründler Polemik des germ. Rechts Thl. I. §. 245. S. 340.

Anmerkung. Eine Erwerbung des Eigenthums kann auch durch Verwirkung des bisherigen Eigenthums entstehen, z. B. durch Zoll=Defraudations=Strafen, von welchen übrigens im R. R. auch gewisse Befreiungen vorkommen, l. 16. §. 10. D. 39. 4. — l. 2. l. 3. C. 4. 61., ferner durch die poenae secundarum nuptiarum, durch Ehescheidungsstrafen, Contumacialstrafen, Caducitätsstrafen im Erbzinslehenrecht, desgleichen durch die in Testamenten einer Erbeseinsetzung oder einem Vermächtniß beigefügte privatorische Clausel. Hierher gehört auch die Verwirkung des Miteigenthums an einer gemeinschaftlichen Mauer durch beharrlich verweigerte Beitragung zu nothwendigen Reparaturkosten. l. 52 §. 10. D. 17. 2. — l. 4. C. 8. 10.

---

§. 109.

II. Rechtsmittel zur Behauptung des Eigenthums.

Die possessorischen Mittel*) s. oben Kap. I. §. 89. Es kommen nur die petitorischen Rechtsmittel hier in Betracht, und zwar

I. bezüglich der Totalität des Eigenthums:

die Reivindication und

die Publicianische Klage.**)

---

*) Hiebei ist auf die gelehrte Ausführung in v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 336. not. 1. aufmerksam zu machen, worin bewiesen wird, daß die interdicta retinendae possessionis keine Klagen ex maleficio seyen (wie v. Savigny ihren Grundcharakter bezeichnet), sondern das Wesen und der Grund ihrer Einführung darin liege, daß dadurch die den Eigenthumsprozeß vorbereitende Frage entschieden werden soll, welcher von zwei Parteien, die gleicherweise den Besitz in Anspruch nehmen, die Rolle des possessor, und welcher die des petitor zuzuweisen sey. [Ueb. Delbrück s. oben §. 89. Einleitg.]

**) Es scheint, daß in der Praxis dem unterscheidenden Charakter dieser beiden Klagen zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet wird, während er doch vor-

II. gegen die partielle Verletzung des Eigenthums; die negatoria in rem actio.*)

a. Reivindication.

1) Was kann Gegenstand der Vindicationsklage seyn?

---

züglich praktische Wichtigkeit in Beziehung auf Einreden und Beweis hat. Mit Recht bezeichnet man die Beweislast bei der Vindication als diabolisch; und doch ist sie, so sehr man sich auch von vielen Seiten her gesträubt hat, durch die Natur dieser Klage unerläßlich geboten. Daß der Kläger das behauptete Eigenthum beweisen müsse, ist doch ganz natürlich; daraus folgt denn aber wieder unvermeidlich bei der derivativen Erwerbsart — welche unter allen Arten der Eigenthumserwerbung die häufigste und allgemeinste ist — daß der Kläger da nicht blos mit dem Beweis, durch einen gesetzlichen Titel das Eigenthum vom Vorbesitzer erlangt zu haben, durchgreifen kann, wenn er nicht auch zugleich beweist, daß seinem Trabenten und dessen Autoren das Eigenthum auch wirklich zugestanden sey. Dieser ungeheuren Schwierigkeit kann man auch nicht, wie unter Andern Thibaut im civilist. Archiv Bd. VI. no. 15. versucht hatte (welcher aber doch zuletzt in den neuesten Ausgaben seines Systems d. P. R. §. 707. sich der herrschenden Lehre anschließen mußte, s. auch Braun Erörterungen zu Thibaut §. 566. S. 280., Gesterding Ausbeute ꝛc. Th. II. S. 435.), durch eine Rechtspräsumtion zu Gunsten des Klägers, welche auf den Beklagten den Beweis eines verneinenden Satzes auf eine ebenso unüberwindliche Weise wälzen würde, abhelfen, da kein Gesetz solche darbietet. Die römischen Gesetze haben, wie vorzüglich v. Vangerow a. a. O. §. 332. erörtert, auf verschiedene andere Arten, und besonders durch die Publicianische Klage abgeholfen. Sie beruht auf dem einfachen Princip: Derjenige, welcher eine Sache auf redliche Weise durch ein Rechtsgeschäft erworben hat, muß billig Demjenigen vorgehen, welcher gar keinen solchen Erwerbsgrund für sich anzuführen im Stande ist. Jener konnte doch ad usucapionem besitzen, und durch eine rechtliche Fiction wird der Usucapionsbesitz als vollendet angenommen, §. 3. u. 4. J. 4. 6., Gaj. IV. §. 36,; so steht denn der Kläger auf festem Grund, vergl. Tigerström die b. f. possessio oder das Recht des Besitzes §. 17—21.

*) Es kann nämlich, wie v. Vangerow a. a. O. §. 353. Anm. 1. bemerkt, nunmehr als sehr allgemein angenommene Ansicht gelten, daß die actio negatoria nicht sowohl eine Servituten-, als vielmehr eine Eigenthumsklage ist, und sich von der Vindication nicht dem Klaggrund, sondern nur der Veranlassung nach unterscheidet, nämlich bezüglich entweder totaler oder partieller Verletzung des Eigenthums. Der Klaggrund ist das Eigenthum, nicht die Freiheit von Beschränkungen an sich, weil diese kein besonderes Recht, sondern nur Theil eines anderen Rechtes, des Eigenthums, ist. Die l. 8. §. 5. l. 13. l. 14. §. 1. l. 17. pr. D. 8. 5., vergl. mit l. 26. D. 8. 2. — ferner l. 2. D. 43. 27. — l. 6. §. 2. D. 47. 7. beweisen, daß die negatorische Klage auch bei andern und selbst bei solchen partiellen Eingriffen in das Eigenthum anwendbar ist, die unmöglich als Servitut erscheinen können, s. vorzüglich Puchta über die Negatorienklage im Rhein. Museum Bd. I. S. 165. — Schilling Lehrb. für Institt. ꝛc. Bd. II. §. 174. — Vergl. dazu unten §. 119. —

2) In welchen Verhältnissen ist es gestattet, eine Sache, welche man nicht eigenthümlich erworben hat, dennoch, und zwar surrogatweise zu vindiciren [utilis vindicatio — Cession der Vindication]?

3) Kann dem Kläger, wenn er zwar zur Zeit der erhobenen Klage nicht Eigenthümer war, aber es im Lauf des Processes geworden ist, die Sache durch das Urtheil in diesem Streit zuerkannt werden?

4) Während dem Kläger unbezweifelt der Beweis des Eigenthums obliegt, fragt es sich, wie es dann mit der Beweislast zu halten ist, wenn der Beklagte das Eigenthum des Klägers zwar nicht verneint, aber seinerseits ein Miteigenthum behauptet.

5) Gegen wen ist die Reivindication zu richten?

6) Ist es nöthig, daß der Beklagte sich im Civilbesitz befinde? und was sind die rechtlichen Folgen, wenn er nur naturaliter und im Namen eines Andern besitzt? insbesondere wenn er seinen Autor nicht nennt, oder wenn er fälschlich vorgibt, im Namen eines Andern zu besitzen, während er doch in eigenem Namen besitzt?

7) wenn er den Besitz während des Prozesses verliert, oder wenigstens die Sache nicht anders als in deteriorirter Beschaffenheit zu restituiren vermag? oder wenn er den Besitz schon vor erhobenem Prozeß verloren hat? oder

8) wenn der Beklagte den Besitz ableugnet und dessen gleichwohl überwiesen wird?

9) In welchen Fällen gilt auch der Nichtbesitzer vermöge einer fictio juris als Besitzer?

10) Da der Rechtssatz: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri, vom Kläger alsdann nicht angerufen werden kann, wenn derselbe schon anfänglich selbst gewußt hatte, daß der Beklagte nicht wirklich der Besitzer sey, — denn dann hätte er ja vielmehr den Schaden aus seiner Schuld selbst zu tragen — so fragt sich, ob der Beklagte dem Kläger darüber den Eid zuschieben kann?

11) Wenn der Kläger von dem liti se offerens den Werth der Sache durch die Verurtheilung desselben erlangt hat, kann er dann doch noch die Sache selbst gegen den wirklichen Besitzer verfolgen?

12) Bekanntlich geht die Reivindication gemäß l. 3. l. 23. C. 3. 32. -- l. 2. C. 6. 2. — auf unentgeltliche Herausgabe der Sache, cum omni causa; welche Fälle lassen sich aber dennoch denken, wo der Erwerbspreis dem Beklagten vergütet werden muß?

13) In welchen Fällen findet die Reivindication nicht gegen Den statt, welcher die Sache in gutem Glauben an sich gebracht hat?

14) Wo muß die Herausgabe der Sache geschehen, wenn sie eine bewegliche ist?

15) Da zufolge der Restitutionspflicht cum omni causa erfordert wird, daß der Kläger Alles erhalte, was er gehabt hätte, wenn er nicht zur Klage veranlaßt worden wäre, l. 22. l. 23. l. 75. l. 81. D. 50. 16.: so fragt sich insbesondere, was wegen der Früchte Rechtens ist.

16) Gilt auch Derjenige, welcher sich in einem Rechtsirrthum befand, als bonae fidei possessor?

17) Inwiefern kann der Besitzer die von ihm gemachten Verwendungen dem Vindicanten aufrechnen, und hat er deshalb auch ein Klagrecht?

18) Kann man die Eigenthumsklage mehrmals aus verschiedenen Gründen (ex diversa causa) anstellen, oder steht der zweiten Klage allemal exc. rei judicatae, nach einmal erlittener Abweisung, entgegen?

Zu 1) Alle sowohl bewegliche als unbewegliche, lebendige und leblose Sachen, so auch eine Gesammtheit von Sachen derselben Art, z. B. eine Viehheerde (l. 1. §. 3. l. 2. l. 3. D. 6. 1.), auch Urkunden, z. B. Schuldverschreibungen*), Testamente (l. 3. D. 29. 3., Geiger u. Glück Rechtsfälle Th. III. no. 38.) und Geld. Auch die Reste eines zerstörten Gegenstandes und Theile eines Ganzen können vindicirt werden, v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. 1. S. 293. §. 18.), nicht aber

a) eine Gesammtheit von Sachen verschiedener Art (universitas juris), hereditas, peculium. l. 56. D. 6. 1. [vergl. oben Bd. I. §. 34. zu Fr. 7.]

---

*) [Vergl. Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 63. I., Pagenstecher Lehre v. Eigenth. III. S. 80 Ueber Inhaberpapiere s. oben §. 102. Fr. 16.]

b) nach l. 23. §. 5. D. 6. 1. u. l. 6. D. 10. 4. quaecunque aliis juncta sive adjecta *accessionis* loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur*) et tunc vindicentur. Indessen ist in manchen Fällen der adjunctio doch eine utilis in rem actio oder vindicatio auch da, wo eine Separirung nicht möglich ist, gegeben; z. B. nach §. 34. J. 2. 1. kann ich, wenn ein Anderer auf dem mir eigenthümlichen Stoff ein Gemälde angefertigt hat, und er mir den Werth des Stoffes nicht bezahlt, mein Eigenthum gegen Entschädigung des Malers durch eine actio utilis verfolgen, s. Schrader's Institutionen-Ausgabe zu dieser Stelle. Gaj. II. §. 78. und früher schon Kap. II. §. 99. zu Fr. 6. haben wir bemerkt, daß dem bisherigen Eigenthümer eines auf fremden Boden verpflanzten und mit demselben bereits zusammengewachsenen Baums wenigstens utilis in rem actio gestattet ist.**)

c) Bei dem tignum junctum aedibus alienis ist bekanntlich nicht einmal actio ad exhibendum, um so weniger also Vindication, so lange das Gebäude steht [s. Puchta i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XI. No. 10 u. Pandekten §. 169 a. E.].

Zu 2) Zu solcher Vindication sind in den Gesetzen besonders privilegirt [vergl. Pagenstecher Lehre vom Eigenthum III. S. 22 ff.]:

a) nach l. 2. D. 26. 9. u. l. 3. C. 5. 51. die unter Vormundschaft stehenden Personen, wenn der Vormund mit ihrem Gelde Sachen für sich angeschafft hat. Glück Thl. VIII. S. 159. versteht dieses Privilegium, ohne einen besondern Grund dafür anzuführen, blos von Pupillen und Minderjährigen, wozu etwa die Ueberschrift des Titels: quando ex facto tutoris vel curatoris *minores* agere vel conveniri possunt, veranlassen kann, v. Vangerow Vorles. Bd. I. §. 332. Anm. 3. no. III. aber von allen Pflegbefohlenen, weil das Gesetz selbst (l. 2. D. 26. 9. quando ex facto etc.) ohne Unterschied spricht: si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia administrat, praedia in suum nomen emerit etc.***), daher auch den Kirchen das Privilegium

---

*) Vorausgesetzt nämlich, daß eine Trennung thunlich ist.

**) Von der utilis actio in rem bei der emphyteusis und superficies s. unten Kap. IV.

***) Darüber, daß die l. 2. D. 26. 9. nicht blos von einer hypothekarischen Klage zu verstehen sey, s. v. Vangerow a. a. O., ist auch Glück nebst den meisten Rechtslehrern einverstanden.

allgemein eingeräumt wird, s. Thibaut System §. 707. (Ed. 8.), Glück a. a. O. S. 164;

b) nach l. 8. C. 3. 32. die Soldaten gegen Jeden, der mit ihrem Geld Sachen erworben hat. Auch hier möchte mit v. Vangerow a. a. O. lit. a. gegen Glück a. a. O. S. 164., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 294. (§. 18.) Thibaut System §. 707. (Ed. 8.) anzunehmen seyn, daß eine Beschränkung dieses Privilegs auf peculium castrense, und vollends eine blos subsidiäre Verleihung, im Fall der Soldat nicht auf andere Weise entschädigt werden kann, — wie insbesondere Glück a. a. O. statuirt — durchaus nicht dem Gesetz gemäß wäre; denn dies spricht schlechthin von pecunia tua und läßt augenscheinlich dem Soldaten die freie Wahl, ob er die utilis vindicatio, oder etwa eine act. mandati vel negotiorum gestorum gebrauchen wolle;

c) nach l. 55. D. 24. 1. die Ehefrau, wenn der Mann mit dem von ihr geschenkt erhaltenen Geld Sachen angekauft hat, und insolvent geworden ist. Thibaut im System §. 346. u. 707. gesteht der Frau diesfalls blos ein Separationsrecht im Concurs ihres Ehemannes zu, s. aber dagegen Glück Thl. VIII. S. 167. u. 187., wo auch die weitere Frage, ob die Frau in Ansehung der mit ihren Dotalgeldern erkauften Sachen dasselbe Vorrecht genieße, gegen Thibaut a. a. O., welcher dasselbe gänzlich verneint, unter Uebereinstimmung der meisten Rechtslehrer und nach dem Vorgang der griechischen Interpreten der Justinianischen Rechte dahin beantwortet wird, daß der Ehefrau die utilis vindicatio der vom Ehemann für sich und in seinem Namen mit ihren Dotalgeldern erkauften Sachen alsdann zustehe, wenn sie bei der Insolvenz ihres Ehemannes außerdem nicht zu ihrer Entschädigung gelangen kann. Bei Glück s. auch die Literatur dieser durch die Gegensätze der l. 12. C. 5. 12. u. l. 54. D. 23. 3. veranlaßten Controverse.

[Jhering in seinen Jahrbüchern I. S. 101—188. unterscheidet zwischen vindicatio cessa und utilis im eng. S. Von der ersteren bemerkt er, daß der Cessionar das Klagrecht des Cedenten ausübe, aber vermöge eignen Rechts (S. 109), daß des Cessionars Recht ein unsichres sey, insofern es vom Cedenten jederzeit bis zur wirklichen Klagerhebung vereitelt werden könne und Denunciation hier unzulässig sey; daß endlich der praktische Zweck einer solchen Cession in der Vermittelung entweder einer Eigenthumsübertragung oder auch einer

bloßen Besitzübertragung bestehen könne (S. 119). Als Beispi einer Vindicationscession aus dem modernen (Handels-) Recht füh Ihering (S. 176) das Connossement an, wogegen von Ande ren dieses Rechtsinstitut in das reine Obligationenrecht verwiese wird; gegen Ihering s. Zimmermann in d. Zeitschr. f. Civilr. Proc. XV. S. 117—121., Laband i. d. Zeitschr. f. deut. R. XI S. 121 ff., Thöl Handelsr. §. 80. der 4. Aufl. Anm. 13. — Unter den Begriff der utilis vindicatio stellt Ihering (S. 120 ff außer den oben vom Verfasser aufgezählten üblichen drei Fällen no eine Anzahl anderer (im Ganzen neun Fälle) und charakterisirt s durch den Satz, daß diese vindicatio, weit entfernt, gegen dritte Besitzer zu gehen, sich vielmehr nur gegen Eine Person, die des Eigenthümers selbst, richte. Die Theorie dieser Klage wird in folgende Sätze aus- einandergelegt (S. 158 ff.): die reiv. utilis ist 1) auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet und zwar 2) entweder schlechthin oder nur eventuell, 3) nur gegen den zur Eigenthumsübertragung (schlechthin oder eventuell) verpflichteten Eigenthümer, 4) nur zum Zwecke der Verstärkung oder Steigerung einer persönlichen Klage gegeben und demgemäß 5) eine auf die einzelnen gesetzlichen Fälle beschränkte, pri- vilegirte Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs. Diese Fälle seyen isolirt und nicht aus einem höheren Prinzip ableit- bar. Vergl. dazu Sintenis gem. Civilr. I. §. 52. Anm. 7. der 2. Aufl., Zimmermann a. a. O. S. 102—117 und v. Van- gerow Leitfaden, VII. Aufl. §. 332. S. 651. Für 3 Fälle stimmt Windscheid Die Actio des röm. Civilr. (1856) S. 215 ff. der Ihering'schen Theorie bei (l. 9. §. 2. D. 41. 1. — l. 5. §. 3. D. 6. 1. — l. 55. D. 24. 1.), während Arndts Lehrbuch §. 145. Anm. (der 3. Aufl.) und mit ausführlicher Darlegung Kindervater in Bekker's Jahrbuch VI. S. 337—364. ihr widersprechen; nach dem Letztgenannten ist die reivind. utilis eine fingirte Eigenthumsklage, welche denselben Rechtsgrundsätzen unterliegt, wie die reivind. directa.]

Zu 3) Nach R. R. prävalirt unter den entgegengesetzten Mei- nungen wohl diese, daß der Kläger tempore institutae actionis und nicht erst post judicium acceptum Eigenthümer seyn mußte, um in hoc judicio Sieger zu werden, s. l. 23. D. 5. 1. und analog l. 7. §. ult. D. ad exhib. (10. 4.) Nach canonischem Recht aber kommt es darauf an, ob in der Klage ein specieller Erwerbsgrund angeführt worden ist*) oder nicht, und im letzteren Falle kommt seiner Klage

*) Ob dieses nothwendig ist oder nicht, darüber entscheiden häufig Prozeß- ordnungen.

auch die nach derselben erst erfolgte Erwerbung zu statten, C. 3. de sent. et re jud. in VIto (2. 14.) Glück Thl. VIII. S. 147., v. Vangerow a. a. O. §. 332. Anm. 2. verb. mit §. 160. Anm. No. III. und v. Savigny System VI. S. 71 ff.

Zu 4) Ohne Zweifel scheint Arndts' Beantwortung dieser Frage, s. Rhein. Museum Bd. III. S. 215., welcher auch v. Vangerow a. a. O. §. 332. not. 1. a. E. beistimmt, die richtige zu seyn, daß der Kläger den Beweis seines Alleineigenthums führen müsse. Denn er würde ja auch dann, wenn er, außer dem Fall eines Geständnisses, den ihm obgelegenen Beweis nur auf einen physischen oder intellectuellen Theil des Ganzen erbracht hätte, mit seinem ausgedehnteren Anspruch insoweit abgewiesen worden seyn, und was sollte ihn von der Verbindlichkeit befreien, das, was er behauptet, ganz zu beweisen? Damit stimmt auch überein, was v. Gönner über das qualificirte Geständniß sagt, s. Handb. d. Proc. Bd. II. no. 43. §. 14. u. §. 18—22., vergl. mit Linde Abh. S. 90 2c. u. 113.

Zu 5) Regelmäßig gegen Denjenigen, welcher unsere Sache besitzt*) und es wird dabei vorzüglich auf die Zeit des Urtheils Rücksicht genommen, s. Heimbach i. Rechtlexik. XIII. S. 82 ff., Pagenstecher, Lehre v. Eigenth. III. S. 56 ff. und die folgende Nr. 7.

Zu 6) Es kommt nach l. 9. D. 6. 1. nicht darauf an, ob der Besitzer civiliter oder naturaliter besitzt; er ist aber nach l. 2. C. 3. 19. [wiederholt in c. 5. §. 7. X. 2. 6.], wenn er ein Immobile, und nach der Praxis, s. Glück Thl. VIII. S. 199., auch wenn er eine bewegliche Sache**) für einen Andern besitzt, verbunden, seinen Autor zu nennen. Vergl. Emminghaus Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XVIII. — Thut er dies, so wird in Folge der nunmehrigen Vorladung des Letzteren gegen Diesen die Vindication durchgeführt, und wenn er auf

*) Der einzige Ausnahmsfall, welchen der §. 2. J. 4. 6. andeutet, ist wohl, wie Schweppe im R. Privatr. §. 268. und v. Vangerow in d. Pand. Bd. I. §. 332. not. 3. bemerken, ohne alle praktische Wichtigkeit. Verschiedene Erklärungsversuche dieser Institutionenstelle: „Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Dig. libris opportunius apparebit", s. Höpfner Inst. Comm. §. 1095. u. not. 4., Reinhardt Ergänzungen zu Glück Bd. I. S. 427., Schilling Institutionen Bd. II. §. 104. not. 1., Francke Probab. de uno casu. 1839., Fritz Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. I. No. 2. XVIII. No 21. u. XIX. No. 3., Zimmermann ebendas. XI. No. 8., Bekker in seinem Jahrbuch III. S. 130., Pagenstecher Lehre v. Eigenth. III. S. 44 ff.

**) In Realklagen ist die nominatio auctoris, sowie gegen Personalklagen die Einrede des unrecht gewählten Beklagten das Schutzmittel, welches von der Klage befreien kann.

wiederholte, mit dem Präjudize, daß außerdem der Besitz dem Kläger zugesprochen werde, begleitete Vorladung ungehorsam ausbleibt, nichtsdestoweniger gegen den Detentor insoweit exequirt, daß Kläger unaufhaltlich in den Besitz gesetzt wird, wodurch der Ausgebliebene in die Nothwendigkeit versetzt ist, gegen den missus in possessionem erst petitorisch seine etwaigen Rechte an der Sache geltend zu machen. [Wetzell Civilproc. S. 33., Emminghaus i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XVIII. No. 20.] Kommt aber der detentor seiner gesetzlichen Verbindlichkeit zur nominatio auctoris nicht von selbst nach, so scheint die Folge wohl keine andere zu seyn, als daß er, als fictus possessor, nämlich als ein solcher, qui liti sese obtulit, behandelt werde, wie Glück Thl. VIII. S. 196—201., Sesterding v. Eigenthum S. 320. und Fritz Erläuterungen S. 297. lehren; allein das Verhältniß eines solchen Naturalbesitzers ist doch, wie v. Vangerow a. a. O. Bd. I. §. 332. not. 3. ganz richtig bemerkt, zu sehr verschieden von dem Verhältniß der ficti possessores. Diese können gar nicht zur Herausgabe der Sache, sondern nur auf den Werth verurtheilt werden. Gegen den Naturalbesitzer aber die Herausgabe der Sache — vorausgesetzt, daß er zur Zeit der Entscheidung sie noch besitzt — zu erzwingen, steht nichts im Wege; denn man muß mit Ulpian in l. 9. D. 6. 1. sagen: puto autem, ab omnibus, qui *tenent*, et habent *restituendi facultatem*, peti posse. Ihm wird also die Sache cum omni causa abgenommen und dem Kläger übergeben, so daß nun der Dritte erst gegen diesen vindiciren, aber auch gegen den Detentor, welcher seiner Pflicht der laudatio auctoris nicht nachgekommen ist, die Entschädigungsklage anstellen kann, auf welches Resultat am Ende auch Glück a. a. O. S. 201. nur mit Inconsequenzen hinauskommt. — Es läßt sich endlich auch denken, daß der beklagte Besitzer nur fälschlich vorgebe, für einen Andern zu besitzen, während er doch für sich besitzt, und dann ist die Folge, daß er den Besitz zur Strafe verliert, derselbe sofort dem Kläger durch richterliches Decret eingeräumt wird, und der boshafte Lügner sein Eigenthumsrecht erst klagend ausführen muß. Nov. 18. c. 10., v. Gönner Handb. des Proz. Bd. I. no. 16. §. 7., Glück a. a. O. S. 202., welcher auch unter Anführung mehrerer Autoritäten die noch h. z. T. stattfindende Anwendbarkeit dieser Strafe bezeugt.

Zu 7) Es ist schon zu no. 5. darauf hingewiesen, daß der Beklagte nach l. 27. §. 1. D. 6. 1. nicht nur zur Zeit des eingeleiteten Verfahrens, sondern auch der rechtlichen Entscheidung sich im Besitz der Sache befinden müsse. Daraus folgt — wie die allegirte Gesetzes-

stelle weiter fortfährt, — daß der Beklagte freigesprochen werden muß, wenn er während des Prozesses den Besitz verloren hat, ohne daß ihm dabei eine Arglist oder Schuld vorgeworfen werden kann, l. 29. l. 36. §. 1. D. 6. 1. — sowie umgekehrt, daß er zur Herausgabe der Sache mit den seit seiner Besitznahme gezogenen Nutzungen in dem Fall gleichwohl verurtheilt werden kann, wenn er — ob er gleich anfänglich nicht im Besitz war — doch bis zur rechtlichen Entscheidung zum Besitz gelangt ist.

Wenn nun gleich die Vindicationsklage gegen den Nichtbesitzer — die Fälle der possessio ficta abgerechnet — nicht zu Recht bestehen kann, so müssen doch wenigstens nach Umständen andere Hilfsmittel für den hierdurch verlierenden Eigenthümer gegeben seyn. Windscheid Lehrb. §. 193. Hiebei ist nun wesentlich zu unterscheiden, ob der Beklagte, welcher während des Prozesses den Besitz verloren hat, bonae oder malae fidei possessor war.

a) Der b. f. possessor muß denjenigen dolus prästiren, welchen er nach erlangter Wissenschaft, daß die Sache eine fremde sey, begangen hat, l. 45. D. 6. 1. — s. Glück Thl. VIII. S. 231 2c. Außerdem wird er erst in Folge der Litiscontestation, da ihn diese in mala fides versetzt, und mithin erst von dieser Zeit an, auf den Werth der Sache als ein administrator rei eventualiter alienae, s. l. 36. §. 1. l. 45. D. 6. 1. cf. l. 4. §. 2. D. 10. 1. — für dolus und culpa verantwortlich, jedoch für letztern nicht nach einer eidlichen Schätzung des Klägers, sondern nach gerichtlicher Schätzung; l. 4. §. 4. l. 5. §. 3. D. 12. 3. —; für den casus haftet er aber nicht, l. 22. l. 36. §. 3. l. 40. pr. D. 5. 3.

b) Der malae fidei possessor haftet für dolus und culpa unbedingt, und kann auch nicht vom Kläger die Abtretung seiner Rechte an der Sache selbst verlangen, l. 69. D. 6. 1., Glück a. a. O. S. 210., für den casus haftet er aber nur insofern, als er nicht beweisen kann,*) daß der dadurch entstandene Schaden oder Verlust auch den Kläger, wenn ihm die Sache zuvor ausgeliefert worden wäre, betroffen haben würde, s. v. Vangerow a. a. O. §. 333. not. 1., Schömann Handb. des Civilr.

---

*) Rücksichtlich der Beweislast sind jedoch die Meinungen getheilt; Glück Thl. VIII. S. 237 2c. erklärt es für die gemeine Meinung, der Kläger müsse beweisen, daß er Gelegenheit gehabt hätte, die Sache an einen Dritten zu verkaufen, mithin ihn der Unfall nicht betroffen haben würde; s. dagegen die oben angeführten Autoritäten.

Bd. II. S. 329 ꝛc., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 145. (§. 104.)

Nur der Dieb und Räuber haftet unbedingt auch für den Zufall,*) v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 296. (§. 20.), v. Vangerow a. a. O. §. 333. not. 1., und zwar aus dem Grunde, weil bei ihm eine wirkliche mora angenommen werden muß. l. 8. §. 1. l. 20. D. 13. 1. Hat der m. f. possessor die Sache veräußert, so unterscheidet man rücksichtlich der Werthsvergütung cum omni causa, ob die Veräußerung eine nothwendige oder freiwillige war. Im ersteren Fall erstattet er nur den erhaltenen Werth, s. l. 15. §. 1. D. 6. 1.; im zweiten den wahren Werth nebst dem übrigen Interesse nach eidlicher Schätzung des Klägers.

c) Wird nach den Folgen gefragt, welche es in rechtlicher Beziehung hat, wenn der Besitzer schon vor erhobenem Prozeß, ohne daß ihm ein dolus zur Last fällt, den Besitz verloren oder die Sache veräußert hat, so muß zwar der m. f. possessor auch für den dolus praeteritus haften, mit welchem sein Besitz befleckt ist, und kann mit der actio in rem utilis auf Ersatz des Werths belangt werden, s. Glück a. a. O. S. 208. Daß aber der b. f. possessor irgend eine Haftung haben soll, ist wohl nicht mit Grund zu behaupten, s. Glück a. a. O., v. Vangerow a. a. O. §. 333. not. 1. — l. 25. §. 11. l. 31. §. 1. D. 5. 3. Daß er weder für Schuld noch Zufall einzustehen habe, wenn die Sache untergegangen ist, oder Deterioration erlitten hat, darüber sind auch Alle einig, quia re quasi sua se abuti putavit — vel rem quasi suam neglexit, s. leg. cit.; im Fall er aber die Sache vor dem Prozeß veräußert hat, soll in Praxi statuirt werden, daß er dem Kläger dasjenige herausgeben müsse, was ihm dabei als Gewinn erwachsen, oder um wie viel er bereichert

---

*) Auch hier begegnet man jedoch einem Zwiespalt der Meinungen, und sogar einem Selbstwiderspruch der Gelehrten. v. Wening=Ingenheim sagt im Lehrb. Bd. I. S. 296. (§. 20.): für den Zufall haftet der Dieb und Räuber in jedem Falle, dagegen im Bd. II. S. 144. (§. 104.): selbst dem Dieb und gewaltsamen Besitzer kommt der Beweis zu Gute, daß die Sache bei dem Gläubiger vom gleichen casus betroffen worden wäre. Thibaut im System d. P.=R. läßt es in den früheren Ausgaben §. 103. noch als communis opinio gelten, daß der Dieb und Räuber unbedingt für den casus einzustehen habe, in der neuesten Ausgabe aber §. 99. läßt auch er ihm die erwähnte Ausnahme zu Statten kommen. v. Vangerow's Lehre dürfte wohl als die richtige anzunehmen seyn.

worden ist; s. Thibaut System §. 705. (Ed. 8.), was Schweppe im R. Privatr. Thl. II. S. 77. u. 132. gleichfalls, jedoch mit der Einschränkung annimmt, insofern gegen keinen nachfolgenden Besitzer — etwa wegen Untergangs der Sache — eine Vindication derselben möglich ist. Dagegen erklärt Glück a. a. O. S. 208. diese Meinung überhaupt als der Theorie nicht gemäß; so auch Hugo im Lehrb. d. Pand. §. 194. not. 1. Mit Gewißheit läßt sich nur dann annehmen, daß die rechtlichen Folgen der ficta possessio wegen einer vor entstandenem Prozeß vom Besitzer vorgenommenen Veräußerung eintreten, wenn diese doloser Weise geschah, s. l. 71. D. 6. 1. — Glück Thl. VIII. S. 207. Gegen die Erben eines solchen Veräußerers mildern sich indessen die strengen Folgen dahin, daß gegen sie nicht die actio in rem, sondern nur eine actio in factum, soweit sie durch den dolus ihres Erblassers reicher geworden sind, stattfindet. l. 52. D. 6. 1. — Glück a. a. O.

Zu 8) Wenn dem Kläger der Beweis gelingt, so muß der Beklagte zur Strafe seines Leugnens den Besitz sofort an den Kläger herausgeben und selbst hinterher die Rolle des Klägers übernehmen, l. ult. D. 6. 1. — Daß diese Strafe noch heut zu Tage stattfinde, ist, wie Glück a. a. O. S. 202. mit Beziehung auf Voet, Wernher, Hommel in Rhaps. Vol I. Obs. 184. und Stryck bezeugt, nach dem Zeugniß praktischer Rechtsgelehrten außer Zweifel, s. auch Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. no. 202. vergl. Fr. 6.

Zu 9) Diese Rechtsfiction findet in zwei Fällen statt, welche in den Gesetzen dahin bezeichnet werden:

a) si quis liti sese obtulit. l. 25. 26. 27. pr. D. 6. 1. — l. 13. §. 13. D. 5. 3. [Seuffert's Archiv XV. No. 202. und Bekker in seinem Jahrbuch IV. S. 192 ff.]

b) si quis dolo malo possidere desiit. l. 25. §. 8. D. 5. 3. — l. 20. §. 6. l. 25. §. 2. 3. D. eod. — l. 27. §. 3. D. 6. 1. l. 131. D. 50. 17.

oder vielmehr in einem ausgedehnteren Sinn, welcher auch das dolo non admittere possessionem begreift, si dolo fecit, quominus possideat; §. 2. J. 3. 30. — l. 25. §. 8. etc. D. 5. 3. — l. 68. D. 6. 1. — l. 20. §. 6. D. 5. 3. — l. 150. u. 157. §. 1. D. de R. J. Die rechtliche Folge ist in beiden Fällen die nämliche, wie wenn der Beklagte wirklich besäße, mithin die Verurtheilung in den durch das juramentum in litem des Klägers zu bestimmenden Werth der Sache, l. 68. 69. u. 71. D. 6. 1. — l. 25. §. 10. D. 5. 3., und zwar so,

daß der Beklagte nicht einmal die Cession der Klage gegen den wirklichen Besitzer fordern kann, s. leg. cit. Glück Thl. VIII. S. 209., Windscheid Lehrb. I. §. 193. S. 490.

In dem Fall: si quis liti se obtulit, hält zwar Gesterding in der Lehre vom Eigenthum S. 319. dafür, daß der fictus possessor nicht auf den Sachwerth, sondern nur auf so viel zu condemniren sey, als durch den dolus desselben dem Kläger geschadet worden (nach l. 45. D. 5. 3.: aestimeri oportebit, quanti ejus interfuit, non decipi), s. jedoch dagegen v. Vangerow a. a. O. §. 332. not. 3., welcher bemerkt, daß die angeführten Worte der l. 45. nur auf die Ansprüche ex causa doli zu beziehen sind, und die l. 13. §. 13. D. 5. 3. bestimmt ausspricht, daß Der, qui liti se obtulit, ganz so, wie ein wirklicher Besitzer behandelt werden müsse. Die nachtheiligen Folgen der ficta possessio in dem Fall doloser Veräußerung erstrecken sich im Fall mehrerer durch sie successiv entstandener fingirter Besitzer auf alle in der Maße, daß es von dem Kläger abhängt, welchen von ihnen er belangen will. l. 25. §. 8. D. 5. 3., Glück Thl. VII. S. 528.

In beiden Fällen muß man übrigens dann eine Ausnahme statuiren, wenn die bezeichneten Fälle der ficta possessio sich nicht einem dolus, sondern nur einer culpa subsumiren lassen, und also der Rechtssatz: dolus pro possessione est, l. 131. l. 157. §. 1. D. 50. 17. nicht anwendbar wird.

a) Hätte sich nämlich der Beklagte nur irrthümlich und nicht gegen eigenes Wissen für den Besitzer gehalten, so haftet er nur in so weit, als er dadurch den Kläger in Schaden gebracht hat. Der Schaden kann sich aber auch in diesem Fall auf den ganzen Werth der Sache belaufen, wenn z. B. dadurch, daß der Kläger durch des Beklagten falsches Vorgeben, als sey er der Besitzer, von der Klage gegen den rechten Besitzer abgehalten wurde, die Verjährungszeit für diesen gewonnen worden ist, s. Glück Thl. VII. S. 527. Außerdem kann der Beklagte dadurch, daß er noch vor der Litiscontestation seine falsche Behauptung zurücknimmt, den Schaden und somit auch den Schadensanspruch beseitigen. l. 25. D. 6. 1. —

b) Hat der Beklagte während des Prozesses aufgehört, culpose zu besitzen, so unterliegt er der Verurtheilung auf den wahren Werth der Sache, aber nicht nach eidlicher Schätzung des Klägers, sondern nur nach gerichtlicher Schätzung, l. 4. §. 4. l. 5. §. 3. D. 12. 3., und kann auch vom Kläger die Abtretung

der Klage gegen den dritten wirklichen Besitzer verlangen, gegen welchen ihm übrigens auch ohne solche Cession actio Publiciana zusteht. l. 63. D. 6. 1., v. Vangerow a. a. O. §. 332. not. 3. Endlich ist noch zu bemerken, daß der fingirte Besitzer, welcher sich in böser Absicht des Besitzes entlediget hat, von dem Anspruch auf den Werth alsdann frei wird, wenn sich der wahre Besitzer gleich Anfangs erbietet, die Klage gegen sich anzunehmen, es wäre denn, daß der Kläger ein besonderes Interesse dabei hätte, keinen andern Gegner zu bekommen, was wenigstens dann der Fall gewiß nicht ist, wenn dieser sich bereit erklärt, die Sache herauszugeben. l. 13. §. 14. D. 5. 3., Glück Thl. VII. S. 529.

Zu 10) Nach römischem Recht gewiß nicht; denn nach l. 45. D. 5. 3. muß er condemnirt werden, nisi *evidentissimis probationibus* possit ostendere, actorem initio litis scire, eum non possidere, v. Gönner Handb. d. Proz. Bd. I. no. XVI. §. 6. S. 350., Glück Thl. VII. S. 525.; doch soll dem Gerichtsbrauch nach die Eideszuschiebung für zuläßig angesehen werden, s. Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. §. 54. not. 5.

Zu 11) Die l. 7. D. 6. 1. bejaht diese Frage geradezu, die l. 46. D. 6. 1. vergl. mit l. 1. u. 3. D. 41. 4. aber macht sie zweifelhaft, und dies veranlaßte einige Rechtsgelehrte, namentlich Voet Comm. ad Lib. V. tit. 3. §. 8. u. Hellfeld Jurispr. for. Lib. V. tit. 3., Erxleben Diss. de eo, quod juris est circa fictam possessionem etc. Götting. 1778. Cap. III. Membr. 2. um so mehr dazu, sie zu verneinen, als das Billigkeitsgefühl sich gegen eine scheinbar doppelte Forderung des nämlichen Objects sträubt, allein die bejahende Entscheidung ist gleichwohl, wie man aus den vielen bei Glück Thl. VII. S. 530. ꝛc. Thl. VIII. S. 206. angeführten Autoritäten sieht, die herrschende, und wird auch von Glück selbst vertheidigt. Die Gesetze sind darüber zu sehr übereinstimmend, vergl. l. 13. §. 14. D. 5. 3. u. l. 95. §. 9. D. 46. 3. mit der vorangeführten l. 7. D. 6. 1. Die dagegen angeführte l. 46. D. 6. 1. redet gar nicht von dem Fall, da der fingirte Besitzer zuerst ausgeklagt worden ist, sondern wo der Kläger, wegen Ungehorsams des Beklagten gegen die Restitutionsauflage, hinsichtlich der wirklich in seiner Gewalt befindlichen Sache, zum Würderungseid gelassen wird; l. 1. u. 2. D. de in litem jur. (12. 3.) Die scheinbare Unbilligkeit endlich verschwindet bei der Betrachtung, daß es zweierlei ist, was der Kläger hier mit Recht fordert und erhält, nämlich was der fictus possessor als Strafe an ihn gesetzlich zu entrichten hat, und das Eigenthum der Sache. Der Eigen-

thumsanspruch kann aber durch Annahme desjenigen, quod poenae nomine datur [litis aestimatio], nicht aufgehoben werden, s. l. un. C. 2. 55. Dafür hat sich auch v. Vangerow a. a. O. §. 332. not. 3. No. III. 1. erklärt und zugleich die von Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 345. aufgeworfene singuläre Meinung gründlich widerlegt, als könne zwar der Kläger gegen den verus possessor, da der fictus possessor durch die *litis aestimatio* Käufer*), aber doch nicht Eigenthümer werde, das Eigenthum noch verfolgen, müsse aber, wenn er die Sache dann mit der Eigenthumsklage errungen hat, sie dem fictus possessor, welcher sie ihm gleichsam abgekauft habe, herausgeben. Windscheid a. a. O.

Zu 12) Wenn der Erwerbpreis zum Nutzen des Klägers verwendet worden; z. B. wenn der Minderjährige nach erlangter Majorennität ein vom Vormund ohne obrigkeitliches Decret veräußertes Grundstück vindicirt, dessen Erlös jedoch in seinem Nutzen verwendet worden ist, l. 16. C. 5. 71.; ferner: wenn der Beklagte eigentlich die negotia des Klägers gerirt hat, indem er z. B. die Sache unter solchen Umständen an sich brachte, wo sie sonst für den Kläger gewiß auf immer verloren gegangen seyn würde, s. Glück Thl. VIII. S. 216., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 298. (§. 22.), Westphal rechtl. Abhandl. von den Fällen, in welchen der Eigenthümer seine in eine dritte Hand gediehenen Sachen entweder gar nicht, oder nicht unentgeltlich abfordern kann. Halle 1787. Die l. 6. D. 49. 15. endlich spricht Dem, welcher eine in die Gewalt der Feinde gerathene Sache ausgelöset hat, die Vergütung des bezahlten Preises zu, was eben auch unter die Rubrik der neg. gestio zu rechnen ist.

Zu 13) Nach R. R. ist dies dann der Fall, wenn der Dritte die Sache vom fiscus, oder vom Regenten oder dessen Gemahlin durch rechtmäßigen Titel an sich gebracht hat. Da kann der Kläger an den Autor des Beklagten verwiesen werden, gegen welchen jedoch die Regreßklage auf eine 4jährige Verjährungsfrist eingeschränkt ist, l. 1. l. 2. l. 3. C. 7. 37. — §. ult. J. 2. 6.

Zu 14) An dem Orte, wo sich die Sache befindet. Verlangt der Kläger die Herausgabe da, wo er die Klage angestellt hat, z. B. in foro domicilii, so muß er Gefahr und Kosten tragen. Unter letzteren werden aber nicht die Unterhaltungskosten (cibaria) begriffen, s. Glück Thl. VIII. S. 218. Cibaria pecudi aut homini utique et ante praesta-

*) Diese Supposition ist irrig; die litis aestimatio wird dann nicht als Kauf angesehen, wenn gegen einen fictus possessor geklagt worden ist, l. 69. u. 70. D. 6. 1., v. Vangerow a. a. O.

bat, et quamdiu possidebat, ubicunque morarentur, ultra suppeditare debuit. Huber Eunomia Rom. Lib. VI. ad l. 10. D. 6. 1. pag. 298., Göz rechtl. Entscheidung der Juristenfacultät Altdorf no. 7. S. 95. von den Fütterungskosten bei Redhibition eines nicht ganz unbrauchbaren Pferdes. Doch muß der malae fidei possessor Gefahr und Kosten tragen, wenn er die Sache von dem Orte, wo er sie erhielt, oder wo bereits lis contestirt war, weiter geschafft hat, l. 12. D. 6. 1. Glück a. a. O. S. 219.

Zu 15) Da der b. f. possessor die Früchte*), sowohl natürliche als industrielle**), schon durch die Separation erwirbt, so verzehrt und veräußert***) er sie auch mit Recht, und ist auch für deren Vernachlässigung Niemandem verantwortlich, l. 78. D. 6. 1.; er ist daher nur die fructus extantes zu restituiren schuldig, l. 22. C. 3. 32., indem seine Eigenthumserwerbung nur ex nunc vom Vindicanten revocirt werden kann, jedoch nach der gewöhnlichen Meinung nur insoweit, als er nicht etwa †) durch Usucapion das Eigenthum daran erwor-

---

*) Daß sich das Recht des b. f. possessor nur auf wahre Früchte beziehe, und nicht auch auf Accessionen, z. B. den Nachwuchs einer Heerde, führt v. Vangerow in den Pand. Bd. I. §. 326. S. 711. der VI. Aufl. gegen Unterholzner i. Arch. f. civil. Prax. VIII. S. 333. und Schilling Lehrb. d. Institt. Thl. II. S. 538. not. h. aus.

**) Sowie überhaupt über die eigentliche Natur des Rechts, welches der b. f. possessor an den Früchten hat, so auch darüber sind mehrere ältere Rechtslehrer und unter den neueren besonders Unterholzner im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 311. in ihren Meinungen abweichend, die meisten neueren aber dahin einverstanden, daß der b. f. possessor an den Früchten ohne Unterschied, ob sie naturales oder industriales sind, das Eigenthum erwirbt, aber auch ohne Unterschied officio judicis angehalten werden müsse, soweit sie bei Entstehung des Processes vorhanden sind, sie dem Vindicanten, wenn dieser Sieger geworden ist, abzutreten, Glück Thl. VIII. S. 291., Thibaut System des Pand. R. §. 709. (Ed. 8.), welchen Glück a. a. O. S. 282. not. 11. irrig Denjenigen beizählt, welche einen Unterschied zwischen natürlichen und industriellen Früchten machen, indem sie an den letzteren dem b. f. possessor nicht blos ein dominium interimisticum s. revocabile, sondern ein unwiderrufliches Eigenthum zuschreiben, s. vielmehr auch Braun's Erörter. zu Thibaut §. 568. S. 483.

***) Die Veräußerung gilt nämlich als eine Art der Consumtion, s. v. Vangerow a. a. O. S. 707. der VI. Aufl.

†) Wir sagen: „etwa durch Usucapion", indem die juristische Möglichkeit einer Usucapion hier noch in Zweifel liegt. Wenn dem b. f. possessor ein Eigenthumserwerb an den Früchten zugeschrieben wird, wie kann man sich denn — wird eingewendet — Usucapion der eigenen Sache denken? Abe auch abgesehen davon, so kann ja Sachverjährung keinen Befreiungsgrund

hen hat. Der malae fidei possessor erwirbt nach der, obwohl von Madai*) angefochtenen, aber doch herrschend gebliebenen Lehre zu keiner Zeit ein Eigenthum an den Früchten, muß daher für perceptos et percipiendos et consumtos, vom Anfang des unredlichen Besitzes an gerechnet dem Kläger gerecht werden. Unter den percipiendis versteht man hier diejenigen, welche der Kläger hätte ziehen können, §. 35. J. 2. 1. — §. 2. J. 4. 17. — l. 62. §. 1. D. 6. 1. — l. 4. §. 2. D. 10. 1. — l. 5. l. 22. C. 3. 32. Durch die Litiscontestation wird zwar auch Derjenige, welcher bis dahin bona fide besaß, zum malae fidei possessor und muß deshalb von dieser Zeit an auch fructus consumtos und neglectos**) restituiren, l. 4. §. 2. D. 10. 1. — §. 2. J. 4. 17. — l. 22. C. 3. 32. Doch ist in Ansehung der fructus percipiendi der Unterschied, daß er nur für diejenigen haftet, welche er selbst hätte ziehen können, §. 2. J. 4. 17. — l. 2. C. 7. 51.

---

von obligatorischen Verbindlichkeiten abgeben. — Dagegen vertheidigt Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 211. die gewöhnliche Lehre. Allerdings — sagt er — kann durch Usucapion eine mangelhafte und unvollständige Erwerbsart ergänzt, so auch ein nur interimistisches Eigenthum zum definitiven erhoben werden. Auch sprechen mehrere Gesetzstellen von einer Usucapion der Früchte von Seite eines b. f. possessor, s. l. 4. §. 5. u. 19. D. 41. 3. — l. 2. in f. D. 41. 10. — l. 48. §. 5. D. 47. 2. Nicht aus einem obligatorischen Verhältniß, sondern als Eigenthümer vindicire der dominus die Früchte, durch die Usucapion des Fruchterwerbers aber werde seine Vindication der fructus adhuc extantes ausgeschlossen. Wenn man aber auch dem vorherigen interimistischen Eigenthum des b. f. possessor ein obligatorisches Verhältniß unterstellen wollte, so höre doch durch die Verwandlung des interimistischen in definitives Eigenthum, in Folge der Usucapion, das obligatorische Verhältniß aus ersterem auf. Denn so richtig es sey, daß Derjenige, welcher eine Forderung gegen uns hat, welche auf eine bestimmte Sache gerichtet ist, ohne Rücksicht darauf, ob diese Sache uns eigenthümlich gehört oder nicht, seine Forderung dadurch nicht verliert, daß wir inzwischen das Eigenthum an jener Sache durch Usucapion erwerben, so verliere doch Der, welcher gerade darum, weil wir noch kein Eigenthum oder wenigstens kein definitives Eigenthum an der Sache haben, in Folge früheren Eigenthums obligatorische Ansprüche auf die Sache hat, sicher diese Ansprüche, sobald wir durch Usucapion unser bisheriges blos interimistisches in definitives Eigenthum verwandelt haben.

*) Lehre von der mora. S. 337. not. 709. und in Linde's Zeitschrift Bd. XI. S. 1.

**) Nämlich durch Versäumung oder Vernachlässigung der Perception wirklich erzeugter Früchte. Andere rechnen hierher auch nachlässig unterlassene Erzeugung, s. Glück Thl. VIII. S. 262., v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 14., allein s. dagegen Heimbach Lehre von der Frucht S. 171 rc., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. II. S. 242.

Glück Thl. VIII. S. 264—300., und nicht für die durch Zufall verloren gegangenen oder durch den Untergang der Sache selbst vereitelten Früchte, l. 5. l. 22. C. 3. 32. — l. 17. §. 1. l. 33. D. 6. 1.*) Der Grund dieses Unterschieds liegt darin, weil der b. f. possessor auch während des Processes nicht für den casus haftet. Daher hat er, wenn ein Unglücksfall ihm die Sache unbenutzbar machte, nicht für die Nutzungen einzustehen, welche der Eigenthümer gehabt haben würde, in dessen Besitz die Sache nicht auf diese Weise verunglückt wäre.

[Ueber die Pflicht des Besitzers, auch erhobene Pachtgelder, als fructus civiles, dem Vindicanten zu restituiren, s. Seuffert's Archiv XIV. No. 11.].

Allgemeiner Grundsatz ist es übrigens, daß der Vindicant die Früchte nicht fordern kann, wenn sie ihm auch dann, wenn er im Besitz der Sache gewesen wäre, nicht gebührt hätten, z. B. wenn er blos die Proprietät hatte, oder während des Processes den Nießbrauch verlor, s. v. Vangerow a. a. O. §. 333. not. 2. Nicht wohl aber ist mit Glück Thl. VIII. S. 300. anzunehmen, daß das officium judicis in Ansehung der Zuerkennung der Früchte nur auf diejenigen gehe, welche nach der Litiscontestation gezogen worden sind, l. 35. §. 1. D. 6. 1. — l. 25. §. 8. D. 21. 1., daher die vor dem Proceß gezogenen ausdrücklich gebeten werden müßten. — Diese Ansicht hängt mit der auch von v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 26., angenommenen Meinung zusammen, daß — vom Standpunkt des classischen Rechts aus betrachtet — bei der Vindication die Klagformel ausdrücklich auf die Hauptsache und Accessionen, also auch auf die Frucht gestellt werden müsse. Allein s. dagegen Heimbach a. a. O. S. 93. Im Justinianischen Recht ist die ehemalige Dichotomie der Eigenthumsklage, nämlich durch die formula petitoria oder per sponsionem, verschwunden; in die Pandecten und den Codex wurden nur solche Fragmente eingetragen, die sich auf die formula petitoria beziehen, welche vermöge des Begriffs des Eigenthums immer auch die Früchte der Sache stillschweigend in sich be-

*) In Ansehung der besonders seit der ausgezeichneten Dissertation von Backe b. f. possessor quemadmodum fructus suos facit. Berol. 1825. reichhaltig gewordenen Literatur über die Lehre von den Früchten ist zu vergleichen v. Buchholtz in den jurist. Abhandl. über die fructus percipiendi, Fr. Ludw. Keller Semestrium ad M. T. Ciceronem Libri VI. Vol. I—III. Turici 1842—1844., Heimbach die Lehre von der Frucht, J. P. F. Kübel de dotis fructibus soluto matrimonio divid. Tubing. 1841., Obrock D. de publiciana in rem actione. Goetting. 1844., v. Savigny R. d. Bes. S. 271 rc., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Thl. II. S. 79.

greifen mußte. Wenigstens hatte man sich schon zur Zeit der classischen Juristen daran gewöhnt, das rem restituere, wie es ja in der formula petitoria technisch gewesen ist, immer mit Einschluß der Frucht zu denken, l. 22. D. 50. 16. — l. 64. D. 6. 1. Sind nun aber im Erkenntniß über die Hauptsache die Früchte übergangen worden, so sind zwar manche Rechtslehrer, welche man bei Glück Thl. VIII. S. 299. not. 61. angeführt findet, der neuerdings auch von Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 226. II. vertheidigten Meinung, daß die Früchte allemal noch durch eine besondere Klage gefordert werden können, wogegen Andere eine gesonderte Klagen wegen der Früchte, wenn sie im Erkenntniß über die Hauptsache übergegangen worden sind, bezüglich l. 3. C. 7. 51. unbedingt verwerfen, v. Hartitzsch Entsch. prakt. Rechtsfragen no. 345., Leyser Vol. II. Sp. 99. Med. 8., Struben rechtl. Bedenken Bd. I. no. 63., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. II. th. 34. not. 9. Die Meisten aber sind darin einverstanden, daß gegen den b. f. possessor eine besondere Klage nicht stattfinde, sondern nur gegen malae fidei possessor, gegen welchen man die exstantes vindiciren, die consumtos condiciren kann, l. 22. §. 2. D. 13. 7. — l. 3. C. 4. 9. — l. 4. C. 9. 32. Heimbach Lehre von der Frucht S. 104., Glück a. a. O., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 298. (§. 21.), v. Vangerow a. a. O. Bei Vindication von Baarschaften ist in l. 20. §. 14. D. 5. 3. u. l. 62. D. 6. 1. die besondere Bestimmung getroffen, daß man den b. f. possessor nicht für Zinsen in Anspruch nehmen kann, indem man ihm nicht die mit der Ausleihe, durch welche er sie nur erlangen konnte, verbundene Gefahr anmuthet. In Ansehung der Deteriorationen gelten die nämlichen Grundsätze, wie in Betreff des Untergangs der Sache, s. v. Wening-Ingenheim a. a. O.

Zu 16) Man muß hierbei auf die Frage zurückgehen, ob error juris überhaupt und in welchen Fällen er entschuldigt wird. Da er nun, wenn es sich um Gewinn handelt, niemals verziehen wird, so pflegt man den Irrenden nur dann als malae fidei possessor zu behandeln, wenn es sich um Vergütung desjenigen handelt, wodurch er bereichert worden ist, s. Glück Thl. VIII. S. 269. not. 87.

Zu 17) Die auf Erzeugung der Früchte verwendeten Unkosten müssen ihm allemal, er sey bonae oder malae fidei possessor, vom Vindicanten als Empfänger der Früchte vergütet werden, l. 1. C. 7. 51.; aber alsdann nicht, wenn nichts aus den Früchten geworden ist, s. Glück Thl. VIII. S. 301. gegen Cujac. Obs. Lib. X. c. 1. Bei Verwendungen auf die Sache selbst ist der schon früher (Bd. I. Allg.

Thl. Kap. VI. §. 35. zu Fr. 12. S. 338.) erörterte Unterschied zwischen impensae necessariae, utiles und voluptuariae bezüglich der bonae oder malae fidei possessio zu beobachten. [Vergl. Pagenstecher Lehre v. Eigenth. III. S. 160., Heimbach im Rechtslexikon XIII. S. 101 ff. u. Seuffert's Archiv XV. No. 4.] Auch ist wohl ungeachtet der entgegengesetzten Meinung eines Cujac. a. a. O. kein Zweifel mehr darüber, daß der Verwendungen halber keine Klage, sondern nur eine Einrede mit der Wirkung der Retention stattfinde, Glück a. a. O. S. 309., v. Vangerow a. a. O. §. 334. not. 1. — l. 48. D. 6. 1. — l. 14. §. 1. l. 29. pr. D. 10. 3.*) — l. 33. D. 12. 6. [Ueber die Beweislast bei Verwendungen auf die vindicirte Sache s. Seuffert's Archiv X. No. 211.]

Zu 18) Wenn erst nach Aburtheilung der ersten Klage ein neuer Erwerbsgrund entstanden ist, so kann es nicht zweifelhaft seyn, quod novum emergens novum requirat auxilium. Wenn aber die causae petendi schon bei der ersten Klage vorhanden waren, so unterscheiden die älteren Rechtslehrer, ob man nur generell geklagt hatte, rem suam esse, oder ob man eine causa specialis angeführt hatte. Im ersten Fall ward jede weitere Klage ausgeschlossen, im zweiten sollte einer andern causa durch die exc. rei judicatae das Gehör nicht verschlossen seyn, s. Keller über Litiscontestation S. 287., Heffter im Rhein. Museum Bd. III. S. 222. über die causa adjecta s. expressa bei Vindicationen. Noch weiter geht Mühlenbruch in Doctr. Pand. Vol. II. §. 276. Caeterum actor, qui causa non probata frustra egit, non impeditur, quominus adversus eundem possessorum ex alia dominii acquirendi ratione rursus judicio experiatur, praeterquam si generatim, nec ulla expressa acquisitionis causa, rem esse suam intendit petitor. Richtiger aber scheint die von Puchta im Rhein. Museum Bd. II. S. 251. u. Bd. III. S. 467. ausgeführte Ansicht, daß das Eigenthum oder ein dingliches Recht — einmal aberkannt — nie wieder geltend gemacht werden könne. Es lag nämlich schon in der Klagformel, daß omnes causae una petitione apprehendebantur — neque enim amplius quam semel res mea esse potest. Hiermit stimmt

*) Abweichend ist jedoch Gesterding Ausbeute rc. Thl. IV. Abthl. 2. S. 210. Daß der b. f. possessor seine Impensen nicht durch eine Klage fordern könne, muß zwar auch von ihm zufolge der bestimmtesten Gesetzesvorschriften zugestanden werden, aber den Mehrwerth, welchen die Sache durch sie erlangt hat, und welcher noch vorhanden ist, kann er nach seiner auf l. 6. §. 3. D. de neg. gest. gestützten Meinung allerdings durch eine Klage vergütet verlangen, soweit der Eigenthümer dadurch bereichert ist.

überein v. Vangerow a. a. O. §. 173. not. 1. lit. h. und §. 333. a. E. — vergl. l. 1. D. 6. 1. — l. 11. pr. §. 1. 2. 4. 5. l. 14. §. 1. l. 21. §. 3. l. 25. pr. D. 44. 2.

---

§. 110.

b. Actio Publiciana.

Das im Eingang des §. 109. angedeutete Princip dieser Klage, welche für die Fälle der Vindication nicht nur, sondern auch für die Fälle der actio in rem negatoria gilt, s. Puchta im Rhein. Museum Bd. I. S. 165., bringt nothwendig bedeutende Abweichungen von der Vindication mit sich, und aus jenem Princip fließt die Beantwortung der Fragen:

1) Wer kann diese Klage gebrauchen?
2) Können alle Sachen ohne Unterschied mittels derselben verfolgt werden?
3) Gegen wen findet diese Klage statt? und welcher hat den Vorzug, wenn die Sache Mehreren verkauft worden ist?
4) Was hat der Kläger zu beweisen?

Zu 1) Da die actio Publiciana auf fingirter Usucapion beruht, so kann sie Jeder anstellen, der die Sache — sey es auch vom Nichteigenthümer oder von einem dispositionsunfähigen Eigenthümer,*) l. 1.

*) Zur Erläuterung mögen folgende Beispiele dienen:

A. klagte wider B., als Besitzer von 32 Obligationen au porteur, welche nach gemeinem Recht vindicabel sind, auf deren Herausgabe, mit dem Anführen, er, A., habe sie bona fide erkauft, dann aber dem X. mit Bedingung, daß er sie ihm, dem A., in natura zurückliefere, anvertraut. X. hatte sie indeß an B. verkauft. B. war gleichwohl redlicher Erwerber, und hätte daher selbst die act. Publ. anstellen können, wenn er nicht nach l. 1. 7. C. 7. 26. dem früheren gleichfalls redlichen Besitzer hierin weichen müßte. Gleichwohl hatte die Klage des A., wie angebracht, nicht zum Zweck geführt, weil der Ausdruck „anvertraut" nicht für bestimmt genug erachtet wurde, um die Befugniß des X., die Obligationen zu verpfänden, auszuschließen, s. Erk. d. O.-A.-G. in Dresden im Wochenbl. f. Rechtsf. 1845. S. 271.

Dagegen willfahrte das O.-A.-G. in Cassel dem A., welcher dem C. 7 Dosen mit der Bedingung, daß er sie ihm binnen 4 Wochen zurückgeben oder 350 Thl. dafür bezahlen solle, zugestellt hatte, als er sie vom B., dem sie C. inzwischen verpfändet hatte, vindicirte; die Gründe bemerken: das Ge-

pr. D. 6. 2. — bona fide übertragen bekommen und, wäre er im Besitz geblieben, oder hätte er den Besitz erhalten,*) das Eigenthum, oder das dingliche Recht mit dem Ablauf der Verjährungszeit erworben haben würde, s. Schilling Lehrb. Bd. II. §. 176 not. b.**) Formfehler eines Geschäfts vermag die act. Publiciana nicht zu heilen, daher steht derselben bei Rechtsgeschäften, welche gerichtliche Mitwirkung erfordern, der Mangel derselben allerdings entgegen, s. Erk. d. O.-A.-G. in Kiel in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 195.

Zu 2) Dem Princip nach nur solche, deren Veräußerung nicht gesetzlich verboten ist, l. 12. §. 4. D. 6. 2., und in der Regel überhaupt solche, welche der Eigenthumsverjährung nicht entzogen sind, l. 9. §. 5. D. 6. 2., doch sind die Meinungen hierüber wegen l. 12. §. 2. eod. sehr verschieden. Die Gründe zu deren Widerlegung s. v. Vangerow a. a. O. §. 335.

Zu 3) Gegen Jeden, welcher keine justa causa oder nur schwächere Gründe seines Besitzes für sich anzuführen vermag, §. 4. J. 4. 6., und sich nicht auch in einer b. f. possessio befindet. Im Collisionsfall geht jedoch Derjenige vor, welchem zuerst tradirt war, nicht welcher zuerst gekauft hat. Pagenstecher Lehre v. Eigenthum III. S. 203. Die l. 9. §. 4. D. 6. 2. unterscheidet übrigens zweierlei Fälle:

a) wenn zwei von demselben non dominus gekauft haben; — da muß natürlich Derjenige vorgehen, welchem zuerst die Sache tradirt war; denn nur der Besitz gewährt die Publicianische Klage, und dem Andern steht das vitium furtivitatis entgegen;
b) wenn beide von verschiedenen non dominis gekauft haben; — hier soll lediglich der Besitz für den Vorzug entscheiden.

---

schäft muß, da die Contrahenten es als „in Commission geben" übereinstimmend bezeichnen, für mandatum de vendendo, nicht als Trödelvertrag gelten. Freilich kann der Commissionär selbst die Sache kaufen, allein hier fehlt zum Uebergang des Eigenthums an ihn Creditertheilung des Verkäufers, s. Strippelmann Entsch. Bd. I. S. 164. Jahrg. 1842.

*) Dies jedoch nur ausnahmsweise; denn in der Regel muß der Kläger den Besitz gehabt haben, und zwar mit dem animus rem sibi habendi, l. 1. pr. l. 7. §. 16. l. 13. §. 1. D. 6. 2. In solchen Fällen aber, wo das Eigenthum ohne vermittelnden Besitz auf Jemand übergehen kann, z. B. bei dem Legat, dem Universalfideicommiß u. dergl., genügt es, daß der autor im Besitz gewesen ist, l. 12. §. 1. l. 15. D. 6. 2.

**) Ueber die Auslegung und Aechtheit der l. 1. pr. D. 6. 2. s. Glück Thl. VIII. S. 315., Zimmern im Rhein. Museum Bd. III. S. 339., Unterholzner das. Bd. V. S. 15., Mayer in der Zeitschr. f. geschichtl. R.-W. Bd. VIII. S. 21.

Dagegen macht die l. 31. §. 2. D. 19. 1. keinen Unterschied, sondern entscheidet schlechthin zu Gunsten Desjenigen, welcher zuerst apprehendirt hat, oder cui res primum tradita est.*) Das Grundprincip ist überall: melior sit causa possidentis quam petentis.

Gegen den wirklichen Eigenthümer kann zwar die Publicianische Klage nicht geltend gemacht werden; wo aber der Vindication eine justa exceptio entgegenstände, z. B. exc. doli, rei venditae et traditae, oder rei judicatae, da kann auch durch eine solche replicatio die exc. justa dominii unwirksam gemacht werden, l. 14. D. 6. 2. — l. 72. D. 6. 1. — l. 2. D. 21. 3. — l. 22. D. 25. 2. — l. 1. l. 3. D. 41. 4. — l. 24. D. 44. 2. — l. 4. §. 32. D. 44. 4.

Zu 4) Er hat blos den ex justa causa erworbenen Besitz zu beweisen, verbunden mit bona fides, ganz nach den Erfordernissen der Usucapion, jedenfalls also zur Zeit des Besitzerwerbes, s. v. Vangerow a. a. O. §. 335. no. 1 d.**), l. 10. pr. D. 41. 3., doch mit einiger Abweichung von dieser bei dem titulus pro emtore, indem nicht auch zur Publicianischen Klage, sowie zur Usucapion aus diesem Titel, die geschehene Zahlung des Kaufpreises erfordert wird, l. 8. D. 6. 2., v. Vangerow a. a. O., Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfragen no. 332. Bei dem Erben genügt zur Aufstellung der Publicianischen Klage die bona fides des Erblassers, ohne daß auf die eigene Ueberzeugung des Erben weiter etwas ankommt, l. 7. §. 12. D. 6. 2. Schilling Lehrb. f. Institt. rc. Bd. II. §. 176.

---

*) Verschiedene Meinungen über den Widerstreit beider angeführter Gesetzstellen, sowie über den weitern Fall, wenn zweierlei Käufer gegen einen dritten Prätendenten streiten, s. Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Thl. II. §. 238. und in dessen Zeitschr. Bd. I. S. 238., Kritz Darstellung prakt. Materien des R. R. Bd. I. S. 99., Glück Thl. VIII. S. 341., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 335. not. 1 d., Braun Erört. zu Thibaut §. 573.

**) Daß aber auch zur Zeit des geschlossenen Vertrags die bona fides vorhanden gewesen seyn müsse, hat wohl die meisten Autoritäten für sich, bezüglich l. 7. §. 16. 17. l. 11. §. 3. D. 6. 2. — Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens S. 59—62., Glück Thl. VIII. S. 336., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Thl. II. §. 247., Tigerström die b. f. possessio S. 123.

Kapitel III.

Von den Servituten.

§. 111.

1. Allgemeine Grundsätze.

Inst. II. 3. de servitut. praed. Dig. VIII. 1. de servitutibus. Dig. VIII. 5. si servitus vindicetur. Dig. VIII. 4. communia praediorum. Dig. VIII. 6. quemadmodum servitus amittatur. Dig. VIII. 2. de servitutibus praediorum urbanorum. Dig. VIII. 3. de servitut. praediorum rusticorum. Cod. III. 34. de servitutibus et aqua.

Als bekannte Grundprincipien dürfen hier vorausgesetzt werden:

1) daß die Servitut*) ein Recht an Sachen, und zwar an der Sache eines Andern ist, — nulli res sua servit, l. 26. D. 8. 2., insbesondere an einer solchen Sache, welche nicht dem Verkehr entzogen ist.**)

2) daß dieses dingliche Recht nur in irgend einer Art von usus rei alienae besteht, mithin salva substantia zu verstehen, l. 1. l. 2. D. 7. 1. — auch, wie Alles, was der natürlichen Freiheit zuwider, der stricten Auslegung unterworfen und auf die für das dienende Gut wenigst nachtheilige und beschwerliche Art auszuüben ist; servitutibus civiliter utendum est, l. 9. D. 8. 1. — l. 20. §. 1. D. 8. 2. — l. 4. §. 1.

---

*) Ueber die Schwierigkeiten und Verschiedenheiten der Definition einer Servitut s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 338. und die dort angeführte Literatur, sowie über die rechtsgeschichtliche Entwickelung des Begriffs vorzüglich G. F. Puchta im Rhein. Museum Bd. I. S. 305. [Elvers Röm. Servitutenlehre S. 29 ff., Kuntze in der Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 237 ff., Arndts Lehrb. §. 175. u. Windscheid Lehrb. I. §. 200. Anm. 3.] — Ueber die Eintheilung der Servituten in regulares und irregulares s. v. Löhr Magazin Bd. III. S. 495., Roßhirt Lehre von den Vermächtnissen Thl. II. S. 83., Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. XV. S. 382., Glück Thl. IX. S. 19., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 339. not. 1. [Cohnfeldt Die s. g. irregulären Servituten (1862.) S. 81 ff., Windscheid Lehrb. I. §. 210. Anm. 2. Vergl. auch unten §. 116. Anhang.]

**) Nach den Grundsätzen des Kirchenrechts kann gleichwohl an einer im Eigenthum einer Kirche oder milden Stiftung befindlichen Sache die Bestellung einer Servitut unter denselben Voraussetzungen und mit Beobachtung derselben Förmlichkeiten als zuläßig betrachtet werden, unter welchen eine Veräußerung derselben gestattet ist, Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 188.

D. 43. 19., wie denn auch schon nach dem allgemeinen Grundsatz, daß ein Recht nicht ohne ein vernünftiges Interesse gedacht werden darf, l. 61. D. 2. 14. — l. 38. §. 17. D. 45. 1., dieser usus mit irgend einem Vortheil oder wenigstens mit Annehmlichkeit für das Subject des Rechts verbunden seyn muß, l. 15. pr. D. 8. 1., und zwar mit einem solchen Vortheil, welcher dem herrschenden Gut als solchem — ohne Rücksicht auf zufällige subjective Verhältnisse eines zeitlichen Besitzers — sich wirksam erweist; womit die Prädialservituten das Erforderniß der Vicinität,*) nämlich eines solchen örtlichen Verhältnisses, ohne welches das eine Gut vom andern einen Vortheil nicht ziehen könnte, in Verbindung steht, l. 5. §. 1. D. 8. 3. — l. 12. D. 20. 1., oder, wie Thibaut in den civilist. Abhandl. S. 44. sich ausdrückt: die Grundstücke müssen einander so nahe liegen, daß diese Nähe dem Herrn der herrschenden Sache die Dienstbarkeit in der Regel interessant mache.

3) daß, je nachdem die Servitut einen persönlichen oder unmittelbar einem sächlichen Bedürfniß dient, eine servitus personalis**) oder realis entsteht, und bei letzterer noch ein besonderer Unterschied zwischen serv. praediorum rusticorum und urbanorum zu beachten ist.***)

---

*) Eine Ausnahme von dem Erforderniß der Vicinität machen Einige bei der reservirten Servitut, wegen l. 6. pr. D. 8. 4. s. Thibaut civilist. Abh. S. 43., Schrader civilist. Abh. S. 324., s. dagegen Glück P. C. Bd. X. S. 85. u. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 340. no. 2., welcher die Worte dieses Gesetzes „parvique refert, vicinae sint ambae aedes vel non“ so auslegt, daß hier das Wort „vicinae“ nur im vulgären Sinne an einander stoßender Häuser gebraucht, mithin die Negation nicht gegen den oben angedeuteten juristischen Begriff gerichtet sey, s. auch Donell. Comm. Lib. XI. c. 2.

**) Da auch wohl Prädialservituten blos einer Person gewährt werden können, welchenfalls aber freilich auch nur persönliche Ansprüche entstehen, — s. v. Vangerow Leitfaden I. §. 339. Anm. i. A. — so dürfen hier unter serv. personales nur diejenigen verstanden werden, welche nie anders als in persönlicher Art bestellt werden können, namentlich usus, ususfructus, habitatio, operae servorum vel animalium.

***) Ueber den Unterschied beider und die richtige Begriffsbestimmung s. v. d. Pfordten im civilist. Archiv Bd. XXII. S. 10., Zachariä von Lingenthal im civil. Archiv Bd. XXVII. S. 1., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 241. u. Sintenis gem. Civilr. I. S. 567 ff. Irrig wäre es, die Lage des praedium in oder außer der Stadt für maßgebend zu achten. „Servitutes praed. urban. sind diejenigen, welche ohne Gebäude nicht bestehen

4) daß jeder Prädialservitut eine causa perpetua zum Grunde liegen müsse, d. i. daß die Voraussetzungen, auf welchen die Ausübung der Servitut beruht, nicht vorübergehend und zufällig seyn, sondern einen fortdauernden Grund haben müssen, l. 28. D. 8. 2., A. Schmidt in Bekker's Jahrbuch III. S. 261—264; vergl. unten §. 116. Nr. 1. lit. e.

5) daß die Servitut ihrer Natur nach

a) ein von dem eigentlichen Rechtssubject — sey dieses nun eine Person, wie bei der serv. personalis, oder [gewissermaaßen] ein praedium *) — durchaus untrennbares, daher auch im Maaß der Ausübung nur auf das eigene Bedürfniß **) des Rechtssubjects beschränktes

---

können, gleichviel ob das herrschende oder dienende Grundstück, oder endlich ob beide ein Gebäude seyn müssen. Serv. praed. rusticorum dagegen sind diejenigen, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken vorkommen können," cf. l. 3. D. 8. 1. Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. Verschieden sind indessen die Meinungen, indem Einige [und zwar die Meisten] diese Eintheilung auf die Qualität des herrschenden, s. Glück Thl. IX. S. 22., vergl. Thl. XVIII. S. 410., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 120 ff. [Hoffmann Lehre von den Servituten I. S. 28., Zachariae v. Lingenthal Untersch. zw. serv. rust. u. urb. (1844.) S. 45 ff., Zielonacki Erört. üb. d. Servitutenlehre, S. 28 ff.], Andere auf die Qualität des dienenden Grundstücks beziehen, s. Cocceji jur. civ. controv. Lib. VIII. tit. 1. Qu. 1. u. a. m., — wogegen v. Vangerow a. a. O. Bd. I. §. 339. no. 2. mit Stever de servitutibus praed. Cap. I. §. 8. u. 9. und Gaedke D. an et qno sensu servitus non utilis fundo imponi possit (Rost. 1826.) pag. 7., die Hauptgrundlage dieser Eintheilung in dem Inhalt der Servitut findet. Nach diesem lassen sich nämlich 3 Klassen von Realservituten unterscheiden: serv. *habendi* (z. B. oneris ferendi, tigni immittendi), *prohibendi* (z. B. altius non tollendi, ne luminibus officiatur) und *faciendi* (z. B. serv. itineris, viae, actus, aquae haustus). Von diesen fallen nun die servitutes faciendi mit den serv. praed. rust. und die serv. habendi und prohibendi mit den serv. praediorum urbanorum zusammen. [Eine andere Meinung stellt Jhering Geist d. Röm. R. II. S. 253. auf; gegen ihn vergl. Elvers Servitutenlehre §. 74. Anm. a. S. 785. Die heutige Werthlosigkeit der Eintheilung in urbanae und rusticae wird behauptet von Kindervater in Bekker's Jahrbuch VI. S. 116—143.]

*) [Gegen die Auffassung des praedium als Rechtssubjekt s. Kuntze in d. Heidelb. krit. Zeitschr. I. (1858) S. 550].

**) In Ansehung des Bedürfnisses wird eine bedeutende Verschiedenheit zwischen den praediis urbanis und rusticis bemerkbar, indem Gebäude (praed. urbana) eine ganz andere Bestimmung, mithin auch andere Bedürfnisse haben, als gebäudelose Grundstücke (praed. rustica). Wenn aber in dem herrschenden Gut Beides zusammentrifft, so ist — wie Puchta im Cursus d. Institt. Bd. II.

Recht ist, auch nicht zum Besten Dritter ausgeübt werden, l. 24. D. 8. 3., und ebensowenig ohne das Gut veräußert werden kann, — dagegen auch ipso jure mit dem Gut auf jeden nachfolgenden Besitzer übergeht, ohne daß es einer besondern Erwähnung bedarf, l. 47. D. 18. 1., und ebenso bei der Verpfändung des praedium von selbst dessen Servitutrechte als mitverpfändet angenommen werden, l. 16. D. 8. 1. — l. 1. §. 5. D. 43. 25.

b) ein untheilbares und unübertragbares Recht ist,*) woraus der Grundsatz fließt: servitus servitutis esse non potest, l. 1. D. 33. 2., welcher eine theilweise, sowie eine völlige Uebertragung der Servitut auf einen Andern gänzlich ausschließt, l. 33. §. 1. D. 8. 3. — l. 1. D. 33. 3. Mit diesem Grundsatze hängt, nach dem wahrscheinlichsten unter vielen Erklärungsversuchen, auch die Bestimmung der l. 15. §. ult. l. 16. D. 7. 1. zusammen: proprietatis dominus ne quidem consentiente usufructuario servitutem imponere potest — nisi qua deterior fructuario conditio non fiat. Wenn nämlich eine Servitut ein nicht übertragbares Recht ist

---

§. 223. S. 494. u. §. 253. S. 753. bezüglich der l. 198. D. 50. 16. u. l. 4. §. 1. D. 20. 2. lehrt — diejenige Eigenschaft, auf welche sich der dem Bedürfniß des herrschenden Guts entsprechende Inhalt der Servitut allein oder vornehmlich bezieht, in das Auge zu fassen.

*) Zwar behauptet Schrader in den civilist. Abh. S. 321. bezüglich l. 33. §. 1. D. 8. 3., daß nach neuerem Recht, wenn der Eigenthümer des dienenden Grundstücks einwilligt, nichts entgegenstehe, wenn der herrschende auf sein Servitutrecht einem Andern eine Dienstbarkeit bestellen will, und zwar nicht nur in der Eigenschaft eines persönlichen, sondern sogar eines dinglichen Rechts; [s. auch Schmidt in Bekker's Jahrbuch III. S. 260. u. Elvers S. 256.] Diese Meinung ist aber der herrschenden Lehre entgegen, und, wie v. Vangerow Leitfaden I. §. 338. No. 3. in seiner Widerlegung des aus der l. 33. §. 1. cit. gezogenen Arguments bemerkt, wäre die Bestellung einer Afterservitut mit dem charakteristischen Merkmal der Servituten, daß sie nämlich den ausschließlichen Vortheil des berechtigten Subjects — sei dieses nun eine Person oder Sache — bezwecken soll, unvereinbar. — Ueber das Princip der Untheilbarkeit s. l. 8. §. 1. l. 11. l. 17. D. 8. 1. — l. 32. D. 8. 3. — l. 3. l. 7. D. 33. 3. — l. 14. §. 1. D. 34. 4. — l. 1. §. 9. l. 7. l. 80. §. 1. D. 35. 2. — l. 72. pr. D. 35. 1. — l. 13. §. 1. D. 46. 4. — Uhland (Pr. Gmelin) D. de servitutum natura dividua et individua (Tub. 1810.). Schrader civilist. Abh. S. 284., Rubo über Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen S. 39. u. 122.

(cedendo extraneo nihil agitur, §. 3. J. 2. 4.)*), so können, wenn von Bestellung einer den bereits bestehenden Usufruct beschränkenden Servitut die Frage ist, Beide, nämlich Proprietar und Usufructuar, zusammen nicht bewirken, was Keiner von Beiden rechtlich vermag; der Proprietar nicht, weil er über den von seinem Eigenthum losgerissenen usus fructus nicht mehr disponiren kann, und der Usufructuar ebensowenig, weil er die Servitut nicht an einen Andern abtreten kann. Er müßte also seine Servitut erst an den Proprietar abtreten, vergl. Glück Thl. IX. S. 42—60., Windscheid Lehrbuch I. §. 202. S. 514.

6) daß nur der Eigenthümer eine Servitut bestellen könne; wer aber nur ein temporäres Eigenthum hat, zwar während er Eigenthümer ist, demselben ein Servitut erwerben, l. 11. §. 1. D. 8. 6., aber ihm keine Dienstbarkeit zum Nachtheil Desjenigen, an welchen nach ihm das Eigenthum fällt, auflegen könne, s. Glück Thl. IX. S. 39.

7) daß die Wirkung der Servitut immer in einer Unfreiheit des dem Andern zustehenden Eigenthums bestehen muß, mithin die Servitut auf Seite des Eigenthümers immer entweder ein Unterlassen (non facere, negative Servitut), oder ein Leiden (serv. in patiendo, auch affirmative oder positive Servitut genannt), dieses aber in dem Umfange mit sich bringt, daß der Eigenthümer der dienenden Sache dem Servitutberechtigten Alles einräumen und gestatten muß, was zur zweckmäßigen Ausübung der Servitut nothwendig ist, wenn es auch nicht den eigentlichen Gegenstand derselben ausmacht, l. 10. l. 20. §. 1. D. 8. 2. — l. 3. §. 3. D. 8. 3. — l. 11. D. 8. 4. — l. 3. §. 16. l. 4. pr. D. 43. 19., daß sie aber nie ein facere**) bewirkt.

*) Theilbar ist zwar die serv. usus fruct. und macht in dieser Beziehung eine Ausnahme von der Regel aller übrigen Servituten, s. Glück Thl. IX. S. 35. u. Elvers Servitutenlehre §. 55., sie ist aber nichtsdestoweniger nicht von der Regel der Unübertragbarkeit ausgenommen, l. 2. l. 17. D. 8. 1. — l. 11. l. 34. pr. D. 8. 3. — l. 6. §. 1. u. 3. l. 18. D. 8. 4.

**) Die Meinung Einiger, welche dieser Eigenschaft den Charakter der Allgemeinheit absprechen wollen, s. Goldschmidt im civilist. Archiv Bd. I. S. 386., Hufeland Geist des R. R. Thl. II. S. 98., Abegg de servitutibus in faciendo ex jure Romano. Regiom. 1827., findet sich widerlegt in v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 113. not. 1, und §. 338. not. 1. u. 2.,

8) daß die Servitut in Ansehung der möglichen Art ihrer Ausübung serv. continua seyn kann, wenn ihre Ausübung fortwährend möglich ist, oder ihr sogar continua possessio zum Grunde liegt; discontinua, wenn deren Ausübung nur in Zwischenräumen möglich ist, — ferner qualificata, wenn die Servitut mittels eines opus manufactum, oder simplex, wenn sie ohne ein solches ausgeübt werden kann.

9) daß das Recht der Servitut sich immer auch auf die adminicula serv. erstreckt, l. 3. §. 3. D. 8. 3. — l. 11. D. 8. 4. — l. 1. §. 1. l. 3. §. 10. D. 43. 21. — l. 3. §. 12. l. 4. pr. §. 1. D. 43. 19., wobei jedoch ein Unterschied zwischen einer durch ein Geschäft unter Lebenden oder letztwillig constituirten Servitut stattfindet, l. 1. §. 1. 2. D. 7. 6. — l. 3. §. 6. D. 34. 4., vergl. Rechtslex. Bd. X. S. 222.

An diese Grundprincipien knüpfen sich folgende Fragen:

1) Wenn eine Servitut nicht anders rechtlich besteht, als insofern sie dem Berechtigten einen Vortheil gewährt, so fragt es sich, in welchem Umfange der Begriff von Vortheil zu nehmen sey; ob er objectiv auch bloßes Vergnügen in sich fasse, und ob auf subjective Bedürfnisse und Neigungen eines zeitigen Besitzers des Servitutrechts Rücksicht zu nehmen sey?

---

wo derselbe gerade in diesem Punkte den unterscheidenden Charakter zwischen Obligationen und jura in re findet, daß das Handeln bei Letzteren immer nur auf Seite des Realberechtigten seyn kann. Jedes dingliche Recht — sagt unser Autor — besteht wesentlich in der Activitätsbefugniß des Berechtigten in Betreff bestimmter Sachen, so daß der Berechtigte unmittelbar selbst Handlungen vorzunehmen befugt ist, während das Charakteristische der obligatio umgekehrt darin liegt, daß der Berechtigte vom Andern eine Handlung verlangen kann. Sehr einleuchtend erklärt Puchta Cursus der Institutionen Bd. II. S. 741.: „daß es keine servitutes in faciendo geben könne, folgt aus ihrer Eigenschaft als Rechte an Sachen, vermöge deren ihr Inhalt nie über das, was die Sache selbst gewährt, hinausgehen kann. Die Sache leistet, was den Inhalt der Servitut ausmacht, die Function des Eigenthümers kann nur seyn, jene Leistung nicht zu hindern." Der vorhin angedeutete Unterschied zwischen obligationes und jura in re ist besonders hervorgehoben in l. 3. pr. D. 44. 7. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. Vergl. unten §. 115. not. *

2) Was ist unter dem Princip: omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, s. l. 28. D. 8. 2., zu verstehen?

3) Wie bestimmen sich bei Realservituten, besonders den nutzbaren, die Grenzen der Ausübung qualitativ und quantitativ, nach dem Princip, daß eigentlich das herrschende Gut das Rechtssubject vorstellt? insbesondere in Collisionsfällen zwischen dem Eigenthümer und dem Servitutberechtigten?

4) Wenn eine Servitut ein unübertragbares Recht ist, kann nicht doch der Vortheil desselben einem Andern überlassen werden?

5) Welche Wirkung hat das Princip der Untheilbarkeit auf Entfernung des Verlustes der Servitut durch theilweisen Nichtgebrauch derselben? Desgleichen

6) in Ansehung eines blos von einem Miteigenthümer derselben erlangten Judicats?

7) Insofern eine Servitut ein untheilbares Recht ist, daher theilweise weder erworben noch verloren werden kann, s. l. 11. D. 8. 1., fragt es sich

   a) ob einem Dritten eine Servitut auf einer gemeinschaftlichen Sache durch Vertrag oder letztwillige Bestimmung erworben werden könne, ohne daß zugleich sämmtliche Miteigenthümer ihre Einwilligung ertheilt haben?

   b) ob Jemand für sein Eigenthum eine Dienstbarkeit auf einem ihm mit dem Andern gemeinschaftlichen Grundstück erwerben könne?

   c) ob Jemand für eine gemeinschaftliche Sache auf einer dem andern Miteigenthümer allein zustehenden Sache eine Servitut erwerben könne?

   d) ob mir die durch non-usus verloren gehende Servitut durch den im Miteigenthum dieses Rechts stehenden Pupillen, gegen welchen bekanntlich keine Verjährung läuft, conservirt wird?

8) Wird die Servitut nicht wenigstens dann getheilt, wenn das praedium getheilt wird?

9) Welchen Einfluß hat das Princip der Untheilbarkeit auf das Klagrecht, wenn Jemand, der sich eine Dienstbarkeit hat versprechen lassen, mit Hinterlassung mehrerer Erben

stirbt, oder wenn Der, welcher eine Dienstbarkeit versprochen hat, mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt?

10) Welche Folgen treten aus dem Princip der Untheilbarkeit einer Servitut in Beziehung auf den Verlust derselben hervor, wenn z. B. der ausschließende Eigenthümer eines Grundstücks sich für dasselbe eine Servitut stipulirt hat, vor deren wirklicher Bestimmung aber einen Theil seines Grundstücks veräußert hat?

10 a) Wenn die mir an einem, mehreren Miteigenthümern gehörigen, Gut zustehende Servitut gestört worden ist, steht mir die Entschädigungsklage gegen Jeden in solidum oder nur pro rata zu?

10 b) Geht die Servitut durch Confusion allemal unter?

11) Da nur der Eigenthümer eine Servitut oder Beschränkung seines Eigenthums, und der temporäre oder widerrufliche Eigenthümer nur auf die Dauer seines Eigenthums eine solche constituiren kann, so fragt sich insbesondere, ob ein emphyteuta eine Servitut auf dem praedium emphyteuticum gültig constituiren könne?

12) Indem gelehrt wird, eine Servitut könne immer nur ein Leiden oder Unterlassen, nicht aber ein Thun zur Wirkung haben, fragt sich, ob hiervon keine Ausnahme denkbar sei?

13) Erstreckt sich die Servitut auch auf angeschwemmtes Land (Alluvionen) und auf eine dem dienenden Gut zugewachsene Insel?

14) Wenn ich eine Weggerechtigkeit auf dem Gute des A. erworben habe, von derselben aber nur dadurch Gebrauch machen kann, daß ich zugleich über ein servitutfreies Grundstück desselben A. gehe oder fahre, ist der A. auch dieses zu dulden schuldig?

15) Wenn der Servitutberechtigte Baumaterialien zu erforderlichen Reparaturen an Ort und Stelle zu schaffen hat, kann sich der serviens dagegen beschweren, wenn Jener dazu auch einen solchen Ort braucht, welcher nicht dienstbar ist?

Zu 1) Daß selbst amoenitatis causa eine Servitut rechtlich bestellt werden könne, geht aus mehreren Beispielen besonders der serv. ne prospectui officiatur unzweifelhaft hervor, Seuffert Beiträge zur

Gesetzgebung S. 103., Thibaut Versuche Bd. I. no. 1., vergl. l. 1. §. 11. l. 3. pr. D. 43. 20. — l. 3. 15. 16. D. 8. 2. — l. 8. §. 1. D. 8. 5. — Es kann daher nur in einer besondern Bedeutung genommen werden, wenn Walch in Introduct. in controv. jur. civ. Sect. II. Cap. 3. §. 2. sagt: Voluptatis causa servitus solum constitui nequit. - Man wird sich nämlich, wenn man das Gegentheil behauptet, nur eine solche Annehmlichkeit denken dürfen, welche den reellen Werth des Guts nach den gemeinen Begriffen erhöhet.*) Daß aber eine Servitut, ohne allen Vortheil, als wahres Recht geltend gemacht werden könne, möchte wohl Niemand für denkbar ansehen, da es ein Cardinalsatz ist: kein Recht ohne ein vernünftiges Interesse; — neque malitiis hominum indulgendum est, welchen man auch in der Servitutenlehre sogar ausdrücklich bestätigt findet, l. 15. pr. D. 8. 1.: quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti, ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas etc. und l. 8. pr. D. 8. 1.: Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. Gleichwohl macht folgende Gesetzstelle Schwierigkeit: l. 19. D. 8. 1.: ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, *et si non utilis sit,* posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. Thibaut in d. civilist. Abh. no. 3. S. 45 fg. folgert daraus eine Ausnahme für die reservirte Servitut. Es sey nämlich etwas ganz Anderes, wenn es sich von dem Aufgeben eines bereits gehabten, wenngleich nutzlos gewordenen Rechts, oder von Erwerbung einer ganz nutzlosen Befugniß handle. Was ich einmal habe, aufzugeben, könne mich der Staat nicht zwingen, und kein Richter könne erworbene Rechte aufheben, wohl aber könne der Staat verordnen, daß man seine Richter nicht dazu mißbrauchen solle, Albernheiten zu befördern, daß man also nicht auf Erlangung eines Rechts klagen könne, welches als solches für vernünftige Bürger ohne Bedeutung ist. — Vorzüglicher scheint indessen diejenige Erklärung der Glosse, welcher Cujacius (Op. T. IV. pag. 895.), neuerlich auch v. Vangerow Pandecten Bd. I. §. 338. Anm. 2. no. 4. und §. 340. Anm. beistimmt, und welche, wie Thibaut a. a. O. selbst gesteht, den meisten Beifall unter den Rechtsgelehrten gefunden hat

*) Eine singuläre Meinung in Schrader's civilist. Abhandl. Abth. II. S. 349. geht dahin: alle Vergnügens-Dienstbarkeiten seyen zulässig, ausgenommen solche, vermöge welcher man sich auf einem nicht ganz abgeschiedenen Raume des Nachbars aufhalten müsse.

(s. auch Glück Thl. IX. S. 13., v. Löhr in s. Magazin III. S. 489 ff., Zielonacki Erört. üb. Servitut. S. 52 ff., Elvers Servitutenlehre S. 139 ff.): man müsse die l. 19. cit. nicht von einer ganz nutzlosen Servitut verstehen, sondern von einer solchen, welche zwar im Ganzen interessant sey, aber nur zufällig für den Veräußerer der Sache [welcher sich nämlich die Servitut reservirte] keinen Werth habe, weil gerade er aus individuellen Gründen keinen Nutzen daraus ziehen könne.*)

Auf die Subjectivität des Servitutberechtigten darf überhaupt, wenn man consequent bleiben will, bei den Realdienstbarkeiten gar keine Rücksicht genommen werden; weder auf seine Launen und Singularitäten, z. B. ut pomum decerpere liceat etc. s. l. 8. pr. D. 8. 1, noch auf wirklichen, jedoch nur in zufälliger Subjectivität eines zeitigen Besitzers begründeten Vortheil, z. B. wegen eines besondern Gewerbes desselben, s. v. Vangerow a. a. O. Bd. I. §. 340. Anm. 1., vorausgesetzt nämlich, daß es nicht ein reales oder radicirtes Gewerbe ist. Eine Realservitut kann nur zu dem Zweck constituirt werden, um dem herrschenden Gut einen Vortheil zu gewähren, und wenn noch mehr verlangt wird, so muß durch Abschließung von Obligationen oder durch Constituirung von Personalservituten geholfen werden; vergl. l. 6. pr. D. 8. 3. [Das O.-A.-G. zu Cassel hat erkannt: Der Grundsatz der Statthaftigkeit der Bestellung einer Prädialservitut zu Gunsten eines Gewerbebetriebes auf dem herrschenden Grundstücke muß, sofern dieses selbst zu jenem Betriebe dergestalt eine bleibende Einrichtung erhalten hat, daß ein bleibendes Interesse bei dem Bestehen der Servitut ebenfalls für spätere Erwerber angenommen werden kann, — jedenfalls nach heutigem Rechte für richtig angenommen werden. Seuffert's Archiv VIII. No. 17.]

Zu 2) Dieser Lehrsatz entspringt zunächst aus der Betrachtung, daß bei Realservituten nicht Personen, sondern Sachen in gegenseitiges Verhältniß gesetzt werden. Soll eine Sache dienstbar seyn, so muß ihr auch eine nachhaltige Fähigkeit dazu inwohnen. Sie muß aber auch, weil nur die Sache und keine Person dienstbar ist, für sich selbst dasjenige leisten, wozu die Dienstbarkeit bestellt ist. Bei-

---

*) Verschiedene Erklärungsversuche der l. 19. cit. s. Gaedke D. an et quo sensu servitus non utilis imponi possit. (Rostock 1826.) Sect. III. pag. 20. — Zachariä wissenschaftliche Entwickelung der Lehre d. R. R. von den dinglichen Servituten, in Hugo's civil. Magazin Bd. II. no. 15., Hufeland Handb. Th. II. S. 88., Goldschmidt in v. Löhr's Magazin Bd. III. S. 480., Schrader civilist. Abh. no. V.

spiele gibt in ersterer Hinsicht l. 28. D. 8. 2. — l. 1. §. 5. D. 43. 20. — l. un. §. 4. D. 43. 22., indem serv. aquaeductus und aquaehaustus nicht aus einem lacus, stagnum oder einer Cisterne, sondern nur ex aqua viva et perenni — wofür auch das Regenwasser gilt*) — constituirt werden kann; s. auch l. 23. §. 1. D. 8. 3. si lacus perpetuus etc. In der zweiten Rücksicht findet man gewöhnlich die naturalis causa in Gegensatz mit dem, was durch eine fortgesetzte persönliche Thätigkeit hervorgebracht und gefördert werden müßte, was sich außerdem schon mit dem Grundprincip: serv. in faciendo consistere nequit, nicht vereinbaren ließe, s. l. 28. D. 8. 2. neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. — Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.**)

In Ansehung der aqua viva als Erforderniß bei der serv. aquaeductus und aquaehaustus finden sich übrigens in den späteren Gesetzen Milderungen des früheren stricten Grundsatzes: Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi *ex capite* vel ex fonte constitui non potest; es heißt nämlich in l. 9. D. 8. 3.: „hodie tamen ex quocunque loco constitui potest," und in l. 2. D. 8. 4. wird auch die mittelbare Gewinnung des Wassers durch künstliche Vorrichtung zugelassen. Damit ist aber das Requisit einer aqua perennis, s. l. 1. §. 5 - 7. D. 43. 20. und somit einer causa perpetua nicht, wie Manche dafür halten, — insbesondere Thibaut System §. 752. (Ed. 8.), Westphal de lib. et servit. praed. §. 551. not. 497., Münter von Servituten Th. I. §. 11. — aufgehoben, s. Glück Th. X. S. 50. §. 663., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 340. no. 3. lit. b. Vergl. übrigens Schrader civil. Abh. no. V. §. 6. S. 312.

Zu 3) Die Servitut darf nur für das bestimmte praedium, welchem sie constituirt ist, ausgeübt, mithin nicht auf ein zuerkauftes angrenzendes Grundstück erstreckt werden, und ihre Ausübung darf auch nicht die Grenzen des Bedürfnisses dieses bestimmten Grundstücks überschreiten. Ulpian drückt dieses deutlich aus in l. 5. §. 1. D. 8. 3. Servitutem constitui non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. Der Begriff von Bedürfniß ist hier jedoch nach l. 6. eod. im weiteren Sinne genommen: si praediorum meliorem cau-

---

*) l. 28. D. 8. 2. at quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex *naturali tamen causa* fit; et ideo perpetuo fieri existimatur.

**) Die verschiedenen Erklärungsarten des in dieser Gesetzesstelle gegebenen Beispiels s. Glück Thl. X. S. 39., Schrader civilist. Abhandl. no. V. §. 6., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 340. Anm. 1. no. 3. lit. a.

sam faciant, non est dubitandum, quin servitus sit. Gegen den Grundsatz, daß die Servitut absolut auf das bestimmte Grundstück, für welches sie constituirt ist, eingeschränkt bleiben müsse, wird zwar von Einigen die l. 33. §. 1. D. 8. 3. und insbesondere l. 1. §. 16. D. 43. 20., s. Noodt Probabil. L. I. cap. 2. u. 3., aber wohl mit Unrecht angeführt, wie Thibaut Versuche Th. I. S. 12 ꝛc. und besonders v. Vangerow a. a. O. §. 340. no. 1. beweist. Es heißt in letzterem Gesetz: „Der zur Wasserleitung auf ein gewisses Gut Berechtigte könne das abfließende Wasser auf einen angrenzenden Acker, den er zuerkauft, leiten, sofern dadurch Demjenigen, von welchem er das Wasser ableitet, kein Schade geschieht.“ Man braucht hier nicht etwa in dem bekannten Grundsatz der Billigkeit: quod tibi non nocet etc. den Grund zu einer Ausnahme zu suchen; denn es ist — wie zuerst v. Vangerow bemerklich macht — in der That keine Ausnahme von der Regel hier zu finden. Daraus nämlich, daß ich das Wasser, welches nach Bewässerung meines berechtigten Grundstücks überfließt, auf ein angrenzendes Stück ablaufen lassen darf, soweit daraus dem dienenden Grundstück kein Nachtheil dadurch zugeht, folgt nicht, daß ich rücksichtlich des angrenzenden Grundstücks eine größere Wassermasse beziehen darf, und nur dies wäre ja eine Ueberschreitung der Servitut, und dem dienstbaren Grundstück nachtheilig, ist daher auch, anstatt erlaubt zu seyn, vielmehr im gesetzlichen Verbot begriffen. Auch die l. 33. §. 1. D. 8. 3. sagt deutlich, daß eine dergleichen Ausdehnung nur pacto vel stipulatione interveniuntibus concebirt werden, mithin nur ein obligatorischer Anspruch erwachsen könne. In der l. 24. D. 8. 3. ist zwar gesagt: ex meo aquaeductu, Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare; aber es folgen darauf die Worte: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possim. *Proculi sententia verior est*. Wenn nun auch die oben angeführte l. 1. §. 16. D. 43. 20. einen Widerspruch mit dem in l. 24. cit. gebilligten Princip enthielte so würde man mit Thibaut a. a. O. und Glück Thl. X. S. 54 ꝛc. annehmen müssen, daß die Meinung des Labeo blos historisch angeführt, aber, als vom Pomponius l. 24. cit. verworfen, nicht als Justinianeisches Recht gelten könne. — Quantitativ kann die Servitut nicht weiter, als das Bedürfniß des praedium dominans geht, also nicht auf persönlichen unbeschränkten Anspruch ausgedehnt werden, insoweit aber muß im Concurrenzfall zwischen dem Eigenthümer und dem Servitutberechtigten (ein Fall, welcher sich bei den auf eigentliche Nutzungen gerichteten Realservituten häufig ereignet)

der Erstere in der Regel dem Letzteren nachstehen. Mehreres hierüber s. bei der serv. lignandi, pascendi etc.

Innerhalb der Grenzen einer Prädialservitut liegt es dagegen, daß dem Inhaber derselben alles dasjenige zusteht, ohne welches die Servitut nicht ausgeübt werden kann. So kann z. B. sogar eine eigene Servitut als adminiculum in einer andern begriffen werden, z. B. iter als adminiculum der servitus aquaehaustus, s. Glück Thl. X. S. 62. no. 2. Der Eigenthümer des dienstbaren Guts darf nicht nur nichts vornehmen, was die Ausübung der Servitut hindern oder wodurch das Recht geschmälert würde, s. l. 20. §. 3. u. 6. D. 8. 2. — l. 13. §. 1. D. 8. 3. — l. 9. pr. D. 8. 5. — l. 11. pr. D 39. 3. — l. 5. C. 3. 34. und ohne Einwilligung des Berechtigten keinem Andern eine neue Servitut constituiren, durch welche die bereits bestehende geschmälert würde, l. 2. §. 1. u. 2. l. 14. D. 8. 3. — l. 8. D. 39. 3. — l. 4. C. 3. 34., sondern er muß auch dem Eigenthümer des herrschenden Guts Alles gestatten, was sich als erforderliches Mittel zum Zweck verhält. Beispiele hiervon s. l. 10. D. 8. 1. — l. 20. §. 1. D. 8. 2. — l. 15. D. 8. 3. — l. 3. §. 5. D. 43. 20. — l. 3. §. 3. D. 8. 3. — Hierzu gehören auch erforderliche manufacta, Reparaturen und Zuführung der Baumaterialien zum Platz, wenn auch der Ort, wo dies geschieht, nicht dienstbar seyn sollte; l. 11. pr. §. 1. D. 8. 4. — l. 3. §. 12. l. 4. pr. 43. 19. — l. 4. §. 5. D. 8. 5. — Für einen natürlichen Schaden, welcher aus der rechtmäßigen Ausübung der Servitut, soweit es nämlich deren Natur nothwendig erfordert, zufällig entsteht, ist der Berechtigte nicht verantwortlich. l. 20. §. 1. D. 8. 3., Glück Thl. X. S. 67.

Zu 4) Gleichwie die Servitut mit dem Grundstück von selbst auf jeden Besitzer übergeht, wenn auch derselben gar keine Erwähnung geschehen ist, l. 36. D. 8. 3., so kann sie auch von demselben nicht getrennt, und daher weder einseitig verpachtet,*) l. 44. D. 19. 2., noch von einem andern Gute ausgeübt werden, l. 24. D. 8. 3., Glück a. a. O. S. 52. Doch widerstreitet es dem Principe nicht, im Wege einer bloßen Personalobligation einem Andern den Genuß einer Servitut zu überlassen. l. 33. §. 1. D. 8. 3. — l. 1. D. 33. 2. — l. 11. D. 8. 3. vergl. §. 116. Fr. 2. Schäffer in d. Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. IX. S. 96. und Seuffert's Archiv XIV. No. 12.

Zu 5) Der Besitz einer Servitut wird fortwährend erhalten, wenn sie auch nur zum Theil ausgeübt wird: qui partem itineris it,

*) Ein Anderes ist es bei einer Personalservitut, wie usus u. usufructus, l. 9. §. 1. D. 19. 2.

totum jus usurpat. l. 8. §. 1. D. 8. 6. Sogar wird nach l. 2. D. 8. 6. das Recht des Fahrwegs Demjenigen, welcher iter und actus hat,* conservirt, wenn er sich gleich desselben nur zum Gehen bedient hat denn — heißt es — wer den Fahrweg hat, kann sich desselben ohne dies als Fußsteigs bedienen. — So geht auch eine mehreren Berech tigten gemeinschaftlich zustehende Servitut nicht verloren, wenn nu Einer von ihnen sich derselben bedient hat, l. 5. D. 8. 6. Doch i hier der in l. 16. D. 8. 6. aus Anlaß einer Wasserleitun beobachtete Unterschied bemerkenswerth. Wenn nämlich diese einen mehreren Eigenthümern gemeinschaftlichen Landgut zustand, s wird das Recht ihnen allen erhalten, wenn auch nur Einer davo Gebrauch gemacht hat; wenn aber das Recht der Wasserleitung au einem benachbarten Landgut Mehreren zustand, von welchen es An fangs durch einen gemeinschaftlichen Bach, dann aber von den unter halb gelegenen durch eines Jeden eigenen Bach geleitet wurde, un Einer hatte dies die zum Verlust einer Dienstbarkeit bestimmte Ver jährungszeit hindurch unterlassen, so wird sein Recht als ein eigene angesehen, mithin durch den Andern nicht erhalten. Zufolge de Princips der Untheilbarkeit der Servitut kann auch eine theilweis ademtio legatae servitutis keine Wirkung haben. l. 11. D. 8. 1. E folgt daraus aber auch

Zu 6) daß ein Judicat für und gegen den andern Miteigen thümer gleichfalls exceptionem rei judicatae hervorbringt. l. 4. §. 3 u. 4. D. 8. 5. cf. l. 19. eod. — l. 1. §. 5. D. 43. 27.

Zu 7 a) Immer muß zwar die Einwilligung sämmtlicher Mit eigenthümer nach l. 2. D. 8. 1. — l. 19. l. 28. l. 34. D. 8. 3. vor handen und auf das Genaueste bestimmt seyn, wie aus l. 28. D. 8. 3 unzweifelhaft hervorgeht: itinere ad praedium commune duorum legato *nisi uterque de loco itineris consentiat*, servitus neque acquiritu neque deperit; doch ist es nicht immer absolut erforderlich, daß di Einwilligung der Mehreren gleichzeitig erfolge. Bei einer unter Le benden constituirten Servitut genügt nämlich die spätere Zustimmung des andern condominus zur Bekräftigung der früheren, hat aber nu die eingeschränktere Wirkung ex nunc, nicht ex tunc. Da also di frühere Einwilligung erst durch die später hinzukommende und ers von diesem Moment an Wirksamkeit erlangt, so folgt, daß die spätere Einwilligung des andern Miteigenthümers alsdann nichts mehr wirken

---

*) Iter et actus heißt in der Gesetzessprache immer so viel als via, s. Glück Thl. X. S. 161. not. 67.

kann, wenn der Eine seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache inzwischen verkauft hat. l. 11. D. 8. 3. — l. 18. D. 8. 4. — Glück Thl. IX. a. E., Zusätze und Verbesserungen zu S. 41. not. 11. Unbiegsamer äußert sich das Princip der gleichzeitigen und somit im stricten Sinn gemeinschaftlichen Constituirung einer Servitut, wenn diese von den Miteigenthümern durch ein Legat bestellt wird; denn da muß die Erbschaft sämmtlicher Miteigenthümer ganz gleichzeitig angetreten seyn. Nec enim sicuti viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est. l. 18. D. 8. 4. Auch bei Constituirung einer Servitut von Seite lebender Eigenthümer gilt übrigens, was die einseitige Einwilligung betrifft, auch der oben vorgetragene Grundsatz, daß, wenn gleich das Servitutrecht unübertragbar und untheilbar*) ist, doch der einseitige Concedent immerhin eine persönliche Verbindlichkeit gegen Denjenigen, welchem er den Gebrauch seiner Servitut überlassen hat, nicht von sich abwehren kann; l. 11. D. 8. 3.

Zu 7b u. c) lehrt zwar Glück Thl. IX. S. 7., an einer gemeinschaftlichen Sache lasse sich insofern allerdings eine Servitut erwerben, als der eine Theilhaber dem andern ein besonderes Recht an der gemeinschaftlichen Sache einräumt, welches er sonst vermöge der Gemeinschaft nicht gehabt hätte, und bezieht sich deshalb auf l. 10. D. 7. 9. und Westphal de lib. et serv. praed. §. 536.; allein die bemerkte Gesetzstelle spricht ja blos von der serv. ususfructus, welche von den übrigen Servituten eben darin abweicht, daß der Ususfruct theilbarer Natur ist, l. 1. §. 9. D. 35. 2. — l. 17. D. 8. 1. — l. 19. D. 7. 8. — l. 6. §. 4. D. 8. 5. — sie ist daher offenbar auf Realservituten nicht anwendbar. Wenn Glück ferner a. a. O. behauptet, daß die eigene Sache des einen Miteigenthümers der ge=

*) Das Princip der Untheilbarkeit der Realservituten, welches nicht nur von der Bestellung einer Servitut, sondern auch von dem darauf abzweckenden Vertrag, oder der Begründung einer obligatio ad constituendam servitutem gilt, l. 19. D. 8. 3. — l. 140. §. 2. D. 45. 1. — l. 11. D. 8. 1. — l. 136. §. 1. D. 45. 1., hat zwar, insofern ihm allgemeine Giltigkeit beigelegt wird, Anfechtungen erlitten; s. Kori über die Theilbarkeit der Servituten in Elvers' Themis Bd. I. S. 481., aber nach v. Vangerow's kritischen Erörterungen in dessen Pandecten Bd. I. §. 340. not. 2. scheinen dieselben gänzlich beseitigt, vielmehr der in dieser Lehre tief gewurzelte Grundsatz: per partes nec acquiri, nec imponi servitutes posse, l. 32. D. 8. 3. — l. 11. D. 8. 1. — fest zu stehen. Vergl. Schrader civil. Abhandl. Bd. I. S. 291., Rubo über Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen S. 125., Donelli Comment. Lib. II. cap. 9. [Vergl. dazu Kuntze in d. Heidelb. krit. Zeitschr. I. (1853), S. 558., Girtanner in Gerber's Jahrbüchern III. S. 268., u. Elvers Servitutenlehre §. 55. S. 543 ff.]

meinschaftlichen, sowie die gemeinschaftliche Sache der eigenen dienstbar seyn könne,*) so wird sich in den dafür angeführten Gesetzstellen l. 26. u. 27. D. 8. 2. auch wohl kein genügender Grund aufzeigen lassen. Man muß daher vielmehr mit v. Vangerow a. a. O. §. 340. not. 2. lit. c., Schrader a. a. O. S. 291., Thibaut P. R. §. 750. der letzten Ausgabe u. Gesterding Ausbeute ꝛc. Th. VI. Abth. I. S. 22. annehmen: Niemand kann für sein Eigenthum eine Dienstbarkeit auf eine mit einem Andern gemeinschaftliche Sache,**) oder für eine gemeinschaftliche auf eine dem Miteigenthümer allein zustehende erwerben. l. 6. §. 3. D. 8. 4. cf. l. 32. D. 8. 3. — l. 11. D. 8. 1. per partes nec acquiri nec imponi servitutes posse. Im umgekehrten Fall aber, wenn der Eigenthümer der herrschenden Sache Miteigenthümer der dienenden oder der Eigenthümer der dienenden Miteigenthümer der herrschenden wird, bleibt die Servitut bestehen. l. 27. D. 8. 3. Auch dies folgt, wie v. Vangerow a. a. O. gegen v. Schrader a. a. O. S. 302., welcher den Grund hiervon blos in einer der spätern Gesetzgebung eigenen Milde zu

*) Dieser Meinung ist das Spruchcollegium in Leipzig gefolgt. Der Fall war der, daß ein Gemeindenachbar 32 Jahre lang auf einem später durch die Gemeinde veräußerten Platz ein Weiderecht ausgeübt hat. Die Entscheidungsgründe bezogen sich darauf, daß den Römern die Einrichtungen in unseren Dorfgemeinden unbekannt gewesen seyen, Benutzung des Gemeindelandes beruhe bei uns auf der Ortsverfassung; Thibaut System §. 221., Runde d. Privatr. §. 31. Obiges Princip könne nicht entgegen gehalten werden; Eichhorn d. Privatr. §. 370., v. Langenn u. Kori Erörterungen Bd. II. S. 14. Ed. 2. Das O.-A.-G. in Dresden modificirte den Ausspruch dahin: daß Jemand durch Verjährung eine Dienstbarkeit an einem Grundstück der Gemeinde, wozu er gehört, erwerben kann, wird nicht bezweifelt. Allein dieses erfordert solche Besitzacte, welche erkennen lassen, jener habe in dem Glauben gestanden, ein Recht auszuüben, das den Charakter einer Dienstbarkeit an sich trägt. Dieser gute Glaube muß hier, um obigen Grundsatzes willen, besonders dargelegt werden, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1851. S. 317., das. 1852. S. 374.

**) Ob, wie Schrader a. a. O. S. 296. es glaublich findet, bei der serv. luminum eine Ausnahme hiervon stattgefunden hat, indem l. 40. D. 8. 2. zu statuiren scheint, daß man eine solche Servitut, in eine gemeinschaftliche Wand Fenster zu machen, erwerben könne, hängt von verschiedenen Erklärungsarten dieser Gesetzstelle ab. Vergl. Griesinger de serv. lum. pag. 30. u. 285., Ruete die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern nach R. R. §. 56. Das vermeintlich Anstößige gegen die Regel wird wohl am Besten durch v. Vangerow's Bemerkung, s. Pand. Bd. I. §. 342 not. 1. no. 2., beseitigt, daß bei der gemeinschaftlichen Wand nicht an eine communio pro indiviso zu denken ist, sondern nur e regione cujusque finium utriusque est.

finden glaubt, treffend bemerkt, vielmehr aus dem nämlichen Princip. Da nämlich hier ein Grund zum Aufhören der Servitut nur für einen Theil vorhanden ist, eine Erlöschung der Servitut per partem aber nicht stattfindet, so erlischt die Servitut gar nicht. Ferner: Von mehreren Miteigenthümern kann keiner allein das gemeinschaftliche Grundstück mit einer Dienstbarkeit belasten oder ihm eine solche erwerben, nicht so, daß es ganz berechtigt oder belastet werden soll — wie sich von selbst versteht, aber auch nicht so, daß das Recht oder die Last zum Theil giltig sey, weil dieses mit der Untheilbarkeit dieser Berechtigungen nicht bestehen könnte.

Vorherrschend ist endlich überall das Princip, daß weder für einen ideellen Theil, noch an einem ideellen Theil eines praedium eine Servitut ausgeübt werden könne. l. 6. §. 1. D. 8. 4.

Zu 7 d) Da bleibt mir die Servitut zufolge des ungeschwächten Rechts meines Miteigenthümers, gegen welchen keine Verjährung laufen kann.

Zu 8) Eine eigentliche Theilung findet auch da nicht statt, l. 23. §. 3. D. 8. 3., aber die Servitut erlischt doch auch deshalb nicht, l. 140. §. 2. D. 45. 1., vielmehr tritt eine gemeinschaftliche Ausübung durch Eintheilung nach Ort, Maß und Zeit ein, l. 23. §. 3. l. 25. D. 8. 3. — l. 19. §. 4. D. 10. 3., Westphal l. c. §. 588. Per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterit.

Zu 9) Es kann im ersten Fall von jedem einzelnen Erben auf die ganze Dienstbarkeit (in solidum), mithin ohne Vervielfältigung derselben gedrungen, l. 17. D. 8. 1. — l. 2. §. 1. u. 2. D. 45. 1. — und im zweiten Fall auf gleiche Weise jeder Einzelne auf die ganze Dienstbarkeit belangt werden, l. 17. cit., Kori in Elvers' Themis Bd. I. S. 495.

Zu 10) Hier heißt es in den Gesetzen: corrumpit obligationem, in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. l. 11. D. 8. 1. Der Promissar kann also die Servitut nun gar nicht mehr fordern, s. Schrader a. a. O. S. 302. So wird auch die Servitut ungiltig, wenn Derjenige, welcher zwar zur Zeit der Constituirung der Servitut das praedium ganz besessen, in der Folge aber einen Theil aus einem damals schon vorhanden gewesenen Grund verliert, z. B. in Folge der addictio in diem oder der lex commissoria. l. 3. D. 33. 3. Besondere Fälle enthält l. 31. D. 8. 3. — l. 15. D. 8. 6.

Zu 10 a) Hier tritt das Obligationenrecht ein, und Jeder haftet

mir nur pro parte für den Schaden, l. 4. §. 3. D. 8. 5. — l. 17. D. 8. 1. — l. 25. §. 9. D. 10. 2.

Zu 10 b) Der aus l. 31. D. 8. 3. u. l. 15. D. 8. 6. gefolgerte Satz: durch Confusion geht eine Servitut nicht unter, sie ruht nur und lebt wieder auf, sowie die Trennung wieder eintritt, würde mißverstanden werden, wenn man ihm, wie von einigen Rechtsgelehrten geschehen ist (s. die Citate bei Glück Thl. X. S. 261.), eine allgemeine Bedeutung beilegen wollte. Die angeführten Gesetze beziehen sich auf einen eigenthümlich gestalteten Fall. Regel ist es vielmehr, daß die Servitut durch Confusion erlösche. Ausnahmsweise lebt sie wieder auf, wenn die Confusion durch eine blos temporäre Erwerbung entstanden, oder wenn die Erwerbung ungiltig war und deswegen wieder aufgehoben worden ist. Voet. Comm. Pand. lib. VIII tit. VI. §. 3., Buchholtz Versuche S. 178., v. Bülow Abhandl. Thl. II. S. 109., Glück a. a. O., Elvers Servitutenlehre S. 126. 765. Die Servitut dauert auch dann fort, wenn sie für eine bestimmte Art von Ländereien erworben ist, z. B. für Weinberge, obgleich sie der Besitzer eingehen ließ; denn es wird angenommen, daß die Servitut dem fundus angehöre, und nicht dem, was darauf wächst, l. 13. D. 8. 3. Wenn das Gebäude, von dem Traufe niederfällt, weggenommen wurde, um unter denselben Verhältnissen und in derselben Eigenschaft wieder aufgebaut zu werden, so wird utilitatis causa angenommen, daß es fortdauernd als dasselbe angesehen werde, l. 20. §. 2. D. 8. 2. — Wenn durch zufällige Hindernisse ein Servitutrecht unwirksam geworden ist, so lebt die Servitut mit dem Wegfall des Hindernisses wieder auf. Z. B. A. hat die serv. non altius tollendi gegen das Gebäude des C. erworben. Diese ist ihm von Nutzen, so lange der B. sein dazwischen liegendes servitutfreies Haus nicht höher baut. Thut er dies aber, so ist die Möglichkeit aufgehoben, daß das Haus des C. dem A. die Hellung schmälere, mithin kann auch der C. eben so weit in die Höhe bauen. Wenn nun aber B. innerhalb der gesetzlichen Verjährungszeit sein Gebäude wieder erniedrigt, so lebt das Klagrecht des A. gegen den C. wieder auf, l. 5. 6. pr. D. 8. 5.

Bei Realservituten muß, wo mehrere Miteigenthümer vorhanden sind, die Confusion in Ansehung Aller eintreten, sonst bleibt die Dienstbarkeit bestehen. Sowie die Servitut nicht entstehen kann, wenn der Eigenthümer des einen Grundstücks Miteigenthümer des andern ist, so kann sie auch nicht untergehen, wenn der Eigenthümer des einen nachher Miteigenthümer des andern wird. Sie würde nur zum Theil aufhören, dies ist aber wegen der Untheilbarkeit der Servituten nicht

möglich. Puchta Vorlesungen Bd. I. §. 189 ꝛc. S. 368., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 307.

Dafür, daß zur Erwerbung einer Servitut Quasitradition nothwendig sey, hat auch der Gerichtshof in Tübingen entschieden, s. Hufnagel Mittheilungen, Neue Folge. H. I. S. 127.

Zu 11) Nach R. R. ist die Frage ohne Zweifel zu bejahen, weil nach §. 3. J. 3. 25. dem emphyteuta selbst das Recht der Veräußerung zusteht, Glück Thl. VIII. S. 400. §. 603., doch mit der Einschränkung, daß die Servitut aufhört, wenn das Gut an den dominus emphyt. zurückfällt. Resoluto enim jure dantis, resolvitur etiam jus accipientis. Windscheid Lehrbuch I. §. 212. Nach deutschem Erbzinsrecht aber, welches jede Veräußerung an den Consens des dominus directus bindet, würde gewöhnlich die Frage verneint werden müssen, und es erscheinen dann solchartige Concessionen, welche ein Erbzinsmann einem Andern auf dem Erbzinsgut gibt, nur als Personalobligationen, wie Beck de jure emphyteut. cap. IX. §. 22. bemerkt.

Zu 12) Dies kann nur in Folge einer besondern Uebereinkunft geschehen, wie z. B. wenn der Eigenthümer des Grundstücks den Weg, welchen er dem Nachbar darüber einräumt, fortwährend in gutem Stand zu erhalten sich verpflichtet. Aber dies gewährt keine in rem actio aus der Servitut, sondern nur eine persönliche Klage aus der Obligation, welche denn wohl auch gegen Alle, die in die Obligationen des Promittenten succediren, l. 1. D. 33. 2. — aber nicht auch gegen Jeden, welcher der Servitutenklage unterworfen ist, stattfindet; G. F. Puchta Cursus d. Institt. Bd. II. S. 742., vergl. die Note*) zu Frage 7. Ueber die vermeintlichen Ausnahmen bei der serv. oneris ferendi s. unten §. 115. not.*), desgl. wegen der Grabenreinigung bei Wasserleitungen, s. oben Kap. II. §. 92. Fr. 6.

Zu 13) Dieser vorzüglich bei Wasserbenutzung vorkommende Fall ist in den Gesetzen dahin entschieden, daß auch die Anschwemmungen der Servitut unterworfen sind, nicht aber die Insel, weil sie ein eigenes Grundstück ausmacht; l. 9. §. 4. D. 7. 1.

Zu 14) Die bejahende Antwort folgt aus dem Grundsatz, daß der Eigenthümer des dienenden Guts mit der Servitut der Verbindlichkeit unterworfen ist, mir alles das zu gestatten, ohne welches ich die Servitut nicht ausüben könnte, l. 3. §. 3. D. 8. 3. — l. 10. D. 8. 2. — l. 7. §. 1. D. 8. 4. So ist iter auch ein adminiculum servitutis aquaehaustus. Mehrere Beispiele finden sich in l. 10. D. 8. 1. — l. 20. §. 1. D. 8. 2. — l. 15. D. 8. 3., Glück Thl. X. S. 62. ꝛc.

Zu 15) Erforderlichen Falls muß er auch solche Plätze einräumen; dies liegt nämlich gleichfalls in seiner Verbindlichkeit, die adminicula servitutis zu präſtiren, l. 11. pr. §. 1. D. 8. 4. — l. 4. pr. D. 43. 19., für welche dem Servitutberechtigten auch die act. confessoria gegeben ist; l. 4. §. 5. D. 8. 5. — l. 3. §. 12. D. 43. 19.

---

§. 112.

2. Entstehungsarten der Servituten.

Eine Servitut kann bekanntlich ihre rechtliche Entstehung erlangen

A) indem die Gesetze selbst sie auflegen, wie z. B. in Ansehung des ususfructus zum Besten des Vaters an den Adventitien seiner Kinder, oder des überlebenden Ehegatten, und in den verschiedenen Fällen des statutarischen Nießbrauchs; oder

B) indem die Gesetze eine Servitut als rechtliche Folge eines natürlichen Zustandes erklären (ubi res naturaliter servit), wie z. B. in Ansehung des natürlichen Abflusses des Wassers vom höheren auf das niedriger gelegene Grundstück l. 1. §. 23. D. 39. 3.*) oder

C) indem sie den Richter zur Constituirung einer Servitut in gewissen Fällen ermächtigen.

Außer diesen Fällen der servitus legalis (A. u. B) oder servitus necessaria (C) kann ein Servitut aber auch

D) durch Willenshandlungen unter Lebenden, sowie auf den Todesfall, und endlich durch Ersitzung begründet werden.

Bei diesen verschiedenen Entstehungsarten fragt es sich nun:

1) Kann auch der Quasi-usus fructus durch eine Handlung unter Lebenden bestellt werden?

2) Was ist Rechtens, wenn ein Testirer Jemandem den Usus fruct an einer fremden Sache constituirt hat? Bekanntlich gilt nämlich das Vermächtniß einer nicht im Eigenthum des

---

*) Die gesetzliche Nothwendigkeit, zufolge deren das niedriger gelegene Grundstück das von dem höher liegenden Grundstück abfließende Wasser aufnehmen muß, wird zwar gewöhnlich als eine natürliche Servitut bezeichnet, dieses servire ist aber nur etwas servitutähnliches, und nicht eigentlich als eine Servitut im juristischen Sinn zu verstehen, die mit possessorium u. petitorium versehen wäre, s. Brinz in den Blättern f. R.-A. v. Seuffert u. Glück Bd. XV. S. 202.

Testirers befindlichen Sache nur dann nicht, wenn derselbe nur aus Unwissenheit oder Irrthum etwas vermacht hat, was nicht sein war; hat er aber gewußt, daß ihm die Sache nicht gehöre, so muß der Erbe, wenn er sie vom wahren Eigenthümer nicht bekommen kann, eine andere Sache von gleicher Qualität und Quantität anschaffen, und so das Legat ausrichten; l. 11. §. 17. D. de leg. III. (32.) — l. 5. pr. D. 7. 5. — Nun kann der Fall eintreten, daß der Erbe die vom Testirer unwissentlich, daß es eine fremde Sache sey, legirte verzehrbare Sache dem Legatar ausgeliefert und dieser sie verzehrt hat; es fragt sich dann, ob der Quasiususfructus dadurch rechtsbeständig werde oder nicht?

3) In welchen Fällen ist der Richter zur Constituirung einer nothwendigen Servitut gesetzlich ermächtigt?
4) Wird eine Servitut durch bloßen Vertrag, und ohne daß es gerichtlicher Bestätigung bedürfte, erworben, oder muß auch bei ihr, wie zur Erwerbung des Eigenthums, ein Traditionsact (quasitraditio) hinzukommen, um ein mehr als blos obligatorisches Recht zu begründen?
5) In welchen Fällen kann eine Servitut auch als stillschweigend eingeräumt betrachtet werden?
6) Können Servituten auf eine gewisse Zeit oder unter einer Bedingung constituirt werden? und was ist die rechtliche Folge, wenn sie auf solche Art bestellt worden sind?
7) Wenn eine Servitut ohne nähere Bestimmung, ob dieselbe für einen oder an einen bestimmten Theil des praedium oder für das ganze und an dem ganzen praedium gelten solle, constituirt worden ist, wie sind da die Grenzen der Berechtigung und Verpflichtung zu bestimmen?

Ersitzung der Servituten. Durch die Analogie der longi temporis praescriptio beim Eigenthum ist die ihrer eigenen Natur nach hiervon abweichende Ersitzung der Servituten in mancherlei Zweifel und Controversen verwickelt worden. Daß Besitz als nothwendige Bedingung jeder erwerbenden Verjährung auch zur Ersitzung eines Servitutenrechts erfordert werde, ist wohl unbestritten, sowie daß der Besitz hier nur quasi vor sich gehen könne, nämlich an negativen Servituten durch Prohibition einer Handlung, welche außerdem in der natürlichen Dispositionsfreiheit des Eigenthümers über sein Gut läge, und dessen Beruhigung dabei; an

affirmativen Servituten aber durch die Ausübung derselben in der Absicht eines Rechts*) und ohne Widerspruch des dienenden,**) l. 1. §. 6. u. 7. l. 3. §. 4. l. 7. D. 43. 19. — l. 25. D. 8. 6. — l. 6. §. 1. D. 8. 5. — Man ist wohl darüber einverstanden, daß das nec vi, nec clam, nec precario dasjenige in sich faßt, was dem Erforderniß der nach canonischem Recht nicht nur im Anfang, sondern auch im Fortgang des Besitzes nöthigen bona fides entspricht, und ungeachtet früherer Dissentienten (s. die bei Glück Thl. IX. S. 140. not. 84. angeführten Schriftsteller), welchen unter den neueren v. Seckendorf im civil. Archiv Bd. IV.

---

*) L. 7. D. 43. 19. – l. 25. D. 8. 6. Wie soll aber der Kläger den animus juris beweisen? Gensler im civilistischen Archiv Bd. IV. S. 83. sagt: das positive factum spreche den Willen, besitzen zu wollen, hinreichend aus, wogegen Busch a. a. O. Bd. XXXI. S. 251. bemerkt, daß es ja erst eine Frage sey, ob ein factum geradezu für ein factum possessionis zu nehmen sey, aber doch zugesteht, daß in der häufigen und vierteljährigen Ausübung sich der Charakter einer Gewohnheit und folglich eines Rechts ausprägе; l. 1. C. 3. 34. — longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere. Hoffmann in seinen und Fuhr's civilist. Versuchen S. 7. folgert denselben aus der Abwesenheit des vi, clam, precario. Ohne Zweifel kann und muß auch der Beweis durch Schlußfolgerungen geführt werden, wie auch Busch zugesteht; denn eine Eideszuschiebung, wie er a. a. O. S. 253. meint, ist schwerlich anwendbar. [Zur Ersitzung genügt es nicht, daß die Handlung während der Ersitzungszeit an sich nec vi nec clam nec precario vorgenommen worden ist, sondern sie muß auch als ein Recht gegen dasselbe geltend gemacht worden seyn. Fehlt die Absicht der Rechtsausübung, so liegt eine ganz indifferente Handlung vor. Diese Absicht muß aber positiv und auf das Bestimmteste von dem, welcher den Beweis der Servitutenersitzung führen will, bewiesen werden; aus der fehlerfreien Vornahme der Besitzhandlungen läßt sich an sich nicht folgern, daß der Handelnde ein solches Recht dadurch habe ausüben wollen, womit jedoch nicht gesagt ist, daß bei der Beweisführung ausdrücklich auf diesen Punkt artikulirt werden müßte, sondern es kann die erforderliche Absicht auch aus der Art, wie die Handlung ausgeübt wurde, aus den vorliegenden Umständen hervorgehen. — Besonderer Beweis der opinio juris ist nicht nöthig; vielmehr ist dieselbe, als innere Handlung, nur auf künstliche Art zu beweisen möglich, und muß daher aus den Nebenumständen des einzelnen Falls beurtheilt werden; daher in den Beweisartikeln nur dergleichen Nebenumstände als Prämissen des zu machenden Schlusses enthalten seyn müssen. Erk. des O.-A.-G. zu Jena, Seuffert's Archiv IX. No. 133.]

**) Auch bei den deutschen Real-Rechten auf Leistungen aus einem Grundstück findet der Grundsatz der affirmativen Servituten analoge Anwendung, daß sie nach einmaliger Ausübung durch Empfangnahme der Leistung als jura in re gegen den dritten Besitzer des verpflichteten Grundstücks geltend gemacht werden können; s. v. Hartitzsch Entscheid. no. 373. S. 378.

S. 89. gefolgt ist, wird nun auch insgemein angenommen, daß ein besonderer Beweis der bona fides, oder etwa, wie Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 400. statuirt, wenigstens ein Beweis der Oeffentlichkeit der vorgenommenen Besitzhandlungen, nicht gefordert werden könne, daß es vielmehr genüge, wenn an den bewiesenen, in subjectiver Ueberzeugung des Rechts vorgenommenen Besitzhandlungen keines jener vitia possessionis ersichtlich ist, s. Glück Thl. IX. S. 137., Busch im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 412., v. Vangerow Pand. I. §. 353. Anm. No. 2. 3. Insbesondere kommt noch in Frage:

8) [Wie muß der animus possidendi beschaffen seyn?]

8a) Wie ist der Anfang der Verjährung zu bestimmen, je nachdem durch dieselbe eine affirmative oder negative Servitut erworben werden will?

9) Ob und was für ein bestimmter Zeitraum zur Ersitzung einer Servitut in den Gesetzen gegeben sey?

10) Ob justus titulus zu dieser Erwerbungsart erfordert werde, oder in dessen Ermangelung wenigstens scientia domini?

11) Ob die Ersitzung blos bei Real- oder auch bei Personal-Servituten Platz greife? und ob nicht blos bei affirmativen, sondern auch bei negativen Servituten? ob auch bei deutschrechtlichen Dienstbarkeiten?

12) Findet in den Fällen, welche von der ordentlichen Ersitzung des Eigenthums ausgeschlossen und nur der außerordentlichen Ersitzung unterworfen sind, auch für Servituten die Erwerbung durch 30—40jährige Verjährung statt?

13) Auf welcherlei Art kann eine Unterbrechung der Servituten-Ersitzung bewirkt werden?

14) Wird die Verjährung durch Verkauf des herrschenden Guts unterbrochen, oder findet für den Nachfolger, wenn er die Servitut fortwährend ausübt, accessio possessionis statt?

Zu 1) Viele ältere und neuere Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß dem ususfructus an verzehrbaren Sachen (quasi ususfructus) als einem ganz anomalen Verhältniß nur aus besonderer Begünstigung der letzten Willensordnungen rechtliche Geltung zugestanden worden sey, und daß die betreffenden Gesetze nur von dem legatum ususfructus zu verstehen seyen, §. 2. J. 2. 4. — l. 1. D. 7. 5. — l. 69. D. 35. 2. — indessen scheint doch kein hinlänglicher Grund zu dieser einschrän-

kenden Erklärung vorhanden zu seyn, weshalb auch die meisten Rechtslehrer keine Ausnahme statuiren; Glück Thl. IX. §. 645., Windscheid Lehrb. I. §. 206.

Zu 2) Die Gesetze erkennen die Consumtion als einen Erwerbungsgrund an fungiblen Sachen an, l. 78. D. 46. 3. — si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus, cujus fuerunt. Si mixti essent, ita ut discerni non possint, *ejus fieri qui accepit*. Deßhalb muß die Frage bejaht werden.

Zu 3) Eine nothwendige Servitut kann

a) bei den Theilungsklagen durch adjudicatio begründet werden, l. 6. §. 1. D. 7. 1. — l. 16. §. 1. l. 22. §. 3. D. 10. 2. — l. 6. §. 10. l. 18. D. 10. 3.

b) Der Richter kann sie auch erkennen: für iter ad sepulcrum, jedoch nur gegen Werthsvergütung nach l. 12. pr. D. 11. 7. —, was zwar von Manchen als eine blos auf Religiosität begründete, somit als eine ganz specielle Vorschrift betrachtet wird, s. Thibaut System §. 767. (Ed. 8.), in der Praxis aber für alle Fälle gilt, wo der Eigenthümer seine Sache ohne eine gewisse Dienstbarkeit einer andern Sache gar nicht benutzen und gebrauchen könnte.*) Glück Thl. IX. S. 101., Seuffert Erörter. Abth. II. S. 12., Elvers' Themis Bd. I. no. 3. Manche gehen indessen wohl zu weit, wenn sie, wie Leyser in Sp. 109. Med. 9., auch ohne den Beweis einer absoluten Nothwendigkeit, blos zur Abschneidung eines Rechtsstreits über das Bestehen eines Servitutsrechts, dem Richter die Constituirung eines solchen gegen Entschädignng des zu Belastenden gestatten.

Es leuchtet übrigens wohl von selbst ein, daß eine nothwendige Servitut nicht durch eine Einrede erlangt werden könne, sondern nur durch eine auf die gehörigen Voraussetzungen gestützte Imploration des Gerichts; denn durch Einreden kann ja niemals ein neues Rechtsverhältniß erst begründet werden.

Durch richterliches Urtheil kann auch eine verloren gegangene Servitut wieder hergestellt werden, wenn die Servitut durch Vereinigung des Eigenthums und der Servitutbefugniß in einer

---

*) Die einer solchen Nothwendigkeit wegen zu constituirende Servitut muß auch immer auf das unumgänglich Nothwendige eingeschränkt, dabei das Eigenthum des zu Belastenden möglichst geschont und ihm volle Entschädigung gewährt werden, s. v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 381.

Person erlöschen muß, der ehemalige Servitutberechtigte oder Verpflichtete aber das Eigenthum nicht behält, sondern dasselbe zurückgeben oder an einen Andern abtreten muß; z. B. wenn er durch den Erbschaftsantritt ein ihm früher dienstbares oder ein über das seinige bisher herrschendes Grundstück erwirbt, es aber als ein Vermächtniß wieder herausgeben muß, oder wenn der Ehemann nach Auflösung der Ehe das ihm vor deren Schließung dienstbar gewesene Dotalgrundstück zurückgibt, so müssen die Servituten wieder hergestellt werden, l. 18. D. 8. 1. — l. 9. D. 8. 4. l. 70. §. 1. l. 84. §. 4. l. 116. §. 4. D. de leg. I. (30.) — l. 7. §. 1. D. 23. 5.

Zu 4) Es ist früher allgemein angenommen worden, daß zur wirklichen Erwerbung der Servitut durch einen Act unter Lebenden, sowie zur Erwerbung des Eigenthums durch Verjährung Tradition erforderlich, mithin ein Unterschied zwischen serv. constituta und acquisita zu beobachten sey, s. Glück Thl. IX. §. 626. Thl. X. §. 660. S. 11., Thibaut System §. 767. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 553., Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 284., Luden Lehre v. d. Servit. §. 54., Francke civilist. Abhandl. (1826) No. 3., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 350., Seuffert's Archiv XV. No. 5. Modificirt wird diese Meinung von Glück u. Seuffert in den Blättern für Rechtsanw. Bd. I. S. 113. dahin, daß der Mangel der traditio durch eine Art von Verbalcaution ersetzt werden könne, wenn nämlich dem Bestellungsvertrag das ausdrückliche Versprechen beigefügt wurde, den Acceptanten in der Ausübung der zugesicherten Servitut nicht stören zu wollen. — Sehr viele der neueren Rechtsgelehrten aber, s. d. Lehrbücher von Mühlenbruch Schilling, Schweppe, Mackeldey §. 291. und Anm. a., Puchta, Härtel de serv. per pacta constituendis. Lipsiae 1828. u. A. m. behaupten zufolge mündlicher Anregung v. Savigny's, besonders mit Bezug auf Gajus II. 31., daß schon der bloße Vertrag zur Begründung der Servitut hinreiche, vergl. Schmidtlein D. de serv. per pactum constituendis. Goetting. 1823. und im civilistischen Archiv Bd. IX. no. 9., Michelsen ebend. Bd. VIII. no. 14., Warnkönig ebend. Bd. XII. no. 4., Hasse im Rhein. Museum Bd. I. S. 61., theilweise auch Zimmern im civilist. Archiv Bd. VII. No. 17., Huß i. d. Gießner Zeitschr. N. F. X. No. 3. Dazu Sintenis Civilr. Bd. I. §. 64. Anm. 15., Elvers Servitutenlehre §. 64., Windscheid Lehrbuch I. §. 212. Anm. 1., Seuffert's Archiv XII. No. 130. und besonders A. Schmidt in Bekker's Jahr-

buch III. S. 265. 268 ff. Insbesondere vindicirt Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 282. dem Satz: si quis velit vicino aliquod jus constituere, *pactionibus* atque *stipulationibus* id efficere debet, §. 4. J. 2. 3. vergl. l. 3. D. 7. 1. seine Geltung nach neuerem Römischen Recht.*) Auch die Anhänger der älteren Meinung modificiren sie übrigens dahin, daß

a) bei den negativen Servituten allerdings keine quasi-traditio nöthig ist, indem da der Besitz sogleich mit dem Vertragsabschluß schon erworben ist, s. auch Glück Thl. IX. S. 68., vergl. v. Savigny vom Besitz S. 602. ꝛc. und ebensowenig

b) bei der bloßen Reservation einer Servitut an der veräußerten Sache von Seite des Verkäufers, oder

c) wenn Jemand, welcher zwei Grundstücke besitzt, eines davon mit der Verabredung übergibt, daß demselben eine Servitut an dem andern zurückbehaltenen zustehen soll. l. 3. l. 6. D. 8. 4. — l. 32. 33. und 36. D. 8. 3. —

Wird ein Gut mit den demselben anhangenden Gerechtigkeiten verkauft, so involvirt wohl die Tradition des Guts von selbst auch die Uebergabe der beispielsweise mit demselben verbundenen Schäfereigerechtigkeit, ohne daß es für diese einer besondern Tradition bedürfte; es genügt nämlich, daß zur Zeit des Verkaufs das exercitium juris auch faktisch bestanden hat, s. Lindelof in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 403.

Ob in den Fällen, da eine Servitut schon durch den Vertrag erworben werden kann, diesem noch die gerichtliche Bestätigung hinzukommen müsse, um ein dingliches Recht zu begründen, wie Berger in Oecon. jur. Lib. II. tit. III. th. 1. not. 2. u. Kind Qu. for. T. II. Cap. 71. pag. 326. annehmen, hängt wohl meistens von den Bestimmungen der Particularrechte ab, wo aber diese es nicht erfordern, kann die Wirksamkeit des Vertrags auch nach dem Gerichtsbrauch nicht von einer gerichtlichen Bestätigung abhängig gemacht werden, s. v. Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfragen no. 376. [An die Stelle einfacher gerichtlicher Bestätigung ist heutzutage, im Zusammenhange mit dem System des Grund- und Hypothekenbuches (s. oben §. 106. a. E.), in einigen Partikularrechten die Eintragung in das Grundbuch getreten. Vergl. Beseler System II. §. 97. S. 150. u. III. §. 193. Anm. 1.]

*) Daß zur Erwerbung einer Servitut Quasi-Tradition nöthig sey, behauptet, der älteren Meinung getreu, der Gerichtshof in Tübingen, s. Hufnagel Mittheilungen N. F. Hft. I. S. 127.

Zu 5) Eine Servitut ist als stillschweigend eingeräumt anzusehen, wenn mir Jemand eine Sache legirt, welche ich nicht gebrauchen könnte, wenn mir nicht der Erbe auch die Servitut zugestehen würde. l. 15. §. 1. D. 33. 2. — l. 44. §. 9. l. 81. §. 3. D. de legat. I. (30.) — l. 10. D. 8. 2. — l. 20. pr. D. 8. 5. — l. 1. §. 1—4. D. 7. 6. Selbst wenn der Testator die Sache mit ausdrücklicher Bestimmung, daß der Legatar eine zum Gebrauch absolut erforderliche Servitut nicht haben solle, vermacht hätte, würde dieses einer unmöglichen Bedingung gleich, mithin für nicht beigefügt zu achten seyn, l. 1. §. 1. u. 4. D. 7. 6. Wenn Jemand, der zwei Gebäude hatte, das Eine davon vermacht hat, so ist es zwar keinem Zweifel unterworfen, daß der Erbe durch Erhöhung des andern das Licht des vermachten Gebäudes schmälern dürfe, er darf aber doch letzteres nicht insoweit verdunkeln, daß ihm das Licht ganz entzogen würde und nicht so viel übrig bliebe, als für die Bewohner zum Bedarf bei Tage hinreicht; l. 10. D. 8. 2.

Als stillschweigend ist selbst eine nicht absolut nothwendige, sondern nur nützliche Servitut auch dann durch das Testament als verschafft anzusehen, wenn der Testirer das legirte Grundstück mittels einer Servitut benutzt hat, und das Legat also lautete: villam meam ita, uti ipse possedi, lego. l. 18. §. 13. D. 33. 7. — l. 81. §. 3. D. de legat. I. (30.) — l. 20. pr. D. 8. 5. — l. 1. D. 33. 3.

Wenn ein Eigenthümer mehrere praedia hatte, das Eine zum Vortheil des Andern benützte, und nun das Eine veräußert, so kann, wenn die bisher stattgehabte Benützung zur Erhaltung des veräußerten praedium wesentlich erforderlich ist, der Erwerber desselben die Benützung als Dienstbarkeit fortsetzen. Tacite constituitur servitus ita, ut, quando dominus duorum praediorum, quorum unum alteri commoditatem praestat, alterutrum vel eodem tempore utrumque alienaverit, commoditas illa in servitutem migret, si rerum ita alienatarum usus aut nullus, aut non integer futurus erat. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1096., Thibaut System Bd. I. §. 314. (Ed. 8.) Mevii Dec. P. III. Dec. 34. vergl. l. 36. D. 8. 2. — l. 1. D. 33. 3. [Gegen diese auch von Schweppe Röm. Privatr. II. §. 304. angenommene Meinung spricht sich das O.-A.-G. zu Wiesbaden aus, weil l. 10. D. 8. 4. l. 3. 6. pr. §. 1. D. eod., l. 34. D. 8. 2. in Verbind. m. l. 10. 12. pr. D. 11. 7. bestimmt enthalten, daß der Verkäufer eines Grundstücks, welcher sich an demselben eine Servitut ausbedingen will, solches ausdrücklich mit deren namentlicher Bezeichnung thun muß. Seuffert's Archiv XI. No. 18. Diese Ansicht dürfte

auch in praktischer Hinsicht die empfehlenswerthere seyn. Vergl. dazu Seuffert's Archiv XI. No. 121. über Servitutenentstehung durch „Widmung" d. h. Bestimmung seiten des Hauseigenthümers mittels offener Vorrichtung, ebendas. XIII. No. 212.]

Zu 6) In Ansehung der Personalservituten ist diese Frage unstreitig zu bejahen. In Ansehung der Realservituten gestattete dies das Civilrecht nicht, l. 4. pr. D. 8. 1. — doch hat der Prätor sich an dessen stricte Bestimmungen nicht gebunden, sondern die Zeitbestimmungen und Bedingungen dadurch wirksam gemacht, daß er aus dem Vertrage eine pacti s. doli exceptio gab. Um so mehr muß h. z. T. die Beifügung von Bedingungen und Zeitbestimmungen gelten, weil bei uns der blos formelle Anstoß bei den s. g. actus legitimi wegfällt; s. Elvers' röm. Servitutenlehre S. 179., Schrader civil. Abh. S. 326., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 340. not. 1. no. 4., Windscheid Pand. I. §. 212. No. 6. Nach neuerem Recht wird auch die Frage, ob eine Realservitut so begründet werden könne, daß ihre Ausübung nur gegen eine fortlaufende Vergeltung an den Eigenthümer der dienenden Sache von Seite des Berechtigten geschehen könne, bejahend entschieden, wenn gleich das ältere römische Recht dem entgegenstand; Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 210.

Zu 7) Als herrschend wird natürlich das ganze praedium angesehen, als dienend das Andere nur nach dem Umfang des Zwecks (servitutibus civiliter utendum). Der Servitutberechtigte hat dann die Wahl der Localität, l. 13. §. 3. D. 8. 3., doch nicht durchaus unbeschränkt, l. 9. D. 8. 1. — l. 22. D. 8. 3., Glück Thl. X. §. 677. S. 165. und nach einmal getroffener Wahl kann er nicht mehr variiren; Hoffmann Lehre von Servituten §. 30., Donelli Comm. L. XI. c. 13. §. 6—13.

Zu 8) [Der Quasibesitz einer Gerechtsame ist dann als erworben zu betrachten, wenn der Erwerber sich wirklich in der Ausübung des fraglichen Rechtes befindet; Puchta im Rechtslexikon II. S. 69. Dahin gehört vor Allem der animus possidendi, die Richtung des Willens auf dieses Recht, bei Realservituten auf das zwischen praedium und praedium obwaltende Rechtsverhältniß; dieser animus fehlt, wenn die betreff. Handlungen mit der Intention der Eigenthumsausübung (bez. der Markherrschaft) vorgenommen wurden. So haben die oberen Gerichtshöfe zu Stuttgart und zu Mannheim, abweichend von denen zu Lübeck und Cassel, mit Recht erkannt. Seuffert's Archiv VII. No. 157. VIII. No. 220. 236. 292.]

Zu 8a) Bei der affirmativen Servitut beginnt sie mit dem Mo-

ment, da man sie zum ersten Mal ohne Widerspruch in der Absicht eines Rechts ausgeübt hat, bei der negativen von der Zeit an, wo man dem Eigenthümer eine Handlung verboten hat, welche er auf seinem Grundstück vornehmen wollte, und vermöge der natürlichen Freiheit auch konnte, und dieser sich dabei beruhigte, Glück Thl. IX. S. 130. Bd. X. S. 12., Windscheid Lehrbuch I. §. 163. u. 213.

Zu 9) Eine von Zimmern in seinen und Neustetel's röm. rechtl. Untersuchungen no. 5. aufgestellte Meinung, welche derselbe aus l. 10. §. 1. D. 41. 3. u. l. 10. pr. D. 8. 5. dahin zu begründen sucht, daß in den Gesetzen die Länge der Zeit unbestimmt gelassen, mithin dieselbe immer dem Ermessen des Richters anheim gegeben sey, hat nicht wohl zum Princip werden können, s. dagegen Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 328., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 199., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 351. not. 1.; ebensowenig hat die von Bessel im civilist. Archiv Bd. XIII. S. 380. vertheidigte Behauptung, daß es dem Eigenthümer gegenüber nur eine Immemorialverjährung geben und übrigens von einer Servitutenverjährung nur dann die Rede seyn könne, wenn eine quasi-traditio von Seite eines Nichteigenthümers vorgegangen sey, Eingang gefunden.*)

Die herrschende Lehre nimmt den Ausdruck „longum tempus" in den Gesetzen nicht für eine unbestimmte, sondern für die technische Bezeichnung der Zeit von 10 oder 20 Jahren an. l. 2. C. 3. 34. — l. 12. C. 7. 33. — Daß man eine Servitut gar nicht ersitzen könne, läßt sich wohl aus der l. 10. §. 1. D. 41. 3., wenn es dort heißt: hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint, nicht folgern; denn es ist damit blos gesagt, daß man, ohne Eigenthümer eines bestimmten praedii zu seyn, eine Servitut nicht ersitzen könne.**) Die 30jährige Ver=

*) Wenn gleich früher die Usucapion bei Servituten ausgeschlossen war, und zwar bei serv. praed. rusticorum schon durch die Natur der Sache quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem, bei den serv. praed. urban. aber durch die lex Scribonia, l. 4. §. 29. D. 41. 3. — so hat doch das prätorische Recht und der Gerichtsbrauch die Entstehungsarten der Servituten durch die Einführung einer Ersitzung vermehrt, analog der longi temporis possessio, die für das Eigenthum an Provinzialgrundstücken eingeführt worden war; l. 2. C. 3. 34. Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti — l. 10. pr. D. 8. 5. — Vergl. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 351. Anm. z. A.

**) Deswegen ist auch wohl anzunehmen, daß grundherrliche Abgaben,

jährungszeit ist nur dann erforderlich, wenn ein Nichteigenthümer die Servitut bestellt hat, der das dienstbare Grundstück mala fide besaß. Nov. 119. cap. 7., Glück Thl. IX. S. 144. Daß die aus l. 1. de praescr. in VIto. abgeleitete und früher sehr verbreitete, auch vom vormaligen Reichskammergericht angenommene Meinung, als könne man serv. discontinuae im Mangel eines Titels nur durch Immemorialverjährung erwerben, im röm. Recht durchaus nicht begründet, mithin nur da, wo der usus fori sie geltend gemacht hat, zu rechtfertigen sey, ist besonders dargethan von Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 210., Besser im civilist. Archiv Bd. XIII. S. 425., Glück Thl. IX. S. 148. und den vielen in Note 7. allda angeführten Autoritäten; Thibaut über Besitz und Verjährung Bd. II. S. 108., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 351. no. 1., Tafel auserlesene Civilrechtssprüche der höhern Gerichtsstellen in Würtemberg Bd. I. S. 170. Windscheid Lehrb. I. §. 213. Anm. 3.

Der Beweis des Besitzes ist zwar bei den persönlichen Dienstbarkeiten und den serv. praed. urban. einfach; denn da bei ihnen ein ununterbrochener Zustand stattfindet, so genügt der Beweis, daß dieser Zustand des Quasibesitzes zu Anfang und zu Ende des erforderlichen Zeitraums so gewesen sey, indem die Zwischenzeit durch Vermuthung bis zum Beweis des Gegentheils ausgefüllt wird. Dagegen bei den serv. praed. rusticor. entsteht, da bei ihnen eine Ununterbrochenheit im eigentlichen Sinn nicht möglich ist, Zweifel darüber, wie viele Besitzhandlungen erforderlich seyen. — Man stößt hier auf verschiedene Meinungen, welche gesammelt und beleuchtet sind von Busch im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 260. Mehrere halten drei Besitzhandlungen für hinreichend, s. Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. I. S. 70., v. Langenn und Kori Erörter. Th. I. no. 2., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 425., Schweppe röm. Privatr. §. 305. Mit einer einzigen Handlung, durch welche der Erwerb des Quasibesitzes erwiesen wird, begnügt sich Pernitzsch in der Zeitschr. für Rechtspflege N. F. Bd. III. S. 505. — Einert ebend. N. F. Bd. II. S. 4. erfordert den Beweis, daß das Recht immer und fortgesetzt ausgeübt worden sey, und überläßt das „immer und fortgesetzt" dem richterlichen Ermessen. — Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 408. verlangt bei den serv. discontinuae wiederholte Ausübung während der Verjährungszeit, und bei der Wegeservitut wenigstens einmalige

welche nicht passive auf einem Gut ruhen, nicht Gegenstand einer possessorischen Klage seyn können, s. Tafel auserlesene Civilrechtssprüche der höhern Gerichtsstellen in Würtemberg Bd. I. no. 64. S. 211.

Ausübung in jedem Jahr, indem er die Ausübung an 30 Tagen im letzten Jahr blos auf das interd. de itin. actuque privato beschränkt. — Busch a. a. O. erfordert vielfältige, die Verjährungszeit hindurch sich erstreckende Ausübung, so daß dieselbe ein Bild von einem diuturnus usus darbietet. Damit stimmt überein: Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 313. u. Sintenis im pr. Civilr. Bd. I. §. 64. z. E. mit dem Bemerken: wie viele einzelne Acte der Ausübung erforderlich seyen, läßt sich im Allgemeinen nicht angeben, sondern muß aus der Natur und Beschaffenheit der einzelnen Servituten und der Umstände dem Richter zu erwägen überlassen werden. [Das O.-A.-G. zu Jena hat sich gegen die Meinung von v. Langenn und Kori und dafür erklärt, daß das Erforderniß der Besitzcontinuität, bei servit. discontinuae, nicht in einer ununterbrochnen Ausübung bestehe, sondern nur in der Ausübung derselben während der erforderlichen Zeit in der Art, daß wirklich, so oft die Ausübung sich nöthig machte, dieselbe auch vorgenommen wurde, ohne daß willkürliche, längere Zeit hindurch dauernde Unterbrechungen eintraten; l. 14. pr. D. 8. 1., Unterholzner Verjährungslehre II. §. 214., Seuffert's Archiv XIII. No. 83., dazu ebendas. I. No. 178. und II. No. 141.]

Wenn man nach der häufig angenommenen Meinung drei Besitzhandlungen*) zum Beweis der Ersitzung als hinreichend erkennt, so entsteht, da zwischen denselben bedeutende Zeiträume liegen können, eine weitere Frage, ob der Gegentheil nicht aus denselben den Beweis einer Unterbrechung der Verjährung entnehmen könne? Daß diese Zwischenräume auch wie bei den auf einem ununterbrochenen Zustand beruhenden Servituten durch die rechtliche Vermuthung ausgefüllt werden können, wie wohl nach Sächsischem Recht zu geschehen scheint, s. v. Hartitzsch, Kori und Kritz a. a. O., ist zweifelhaft. Viel zu streng ist wohl Kori a. a. O. S. 19. wenn er den Beweis der

*) Diese müssen jedoch durch Zeugen vollständig erwiesen seyn. Wo der Zeugenbeweis unvollständig und durch einen Eid zu ergänzen, oder wo der Beweis blos auf Eid gestellt ist, scheint die eidliche Versicherung dreier einzelner Besitzhandlungen nicht genügend. Das O.-A.-Ger. in Dresden nahm in die Formel des Erfüllungseids über eine Triftwegsgerechtigkeit, indem das Austreiben des auf einem Bauerngut befindlichen Rindviehs in der Regel sogar öfter als einmal in jedem Jahre zu geschehen pflegt, das Wort „alljährlich" auf; s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1848. no. 41. Ein Erkenntn. d. O.-A.-Ger. in Celle hält auch den Beweis, daß die stattgefundene Ausübung in jedem einzelnen Jahre der Verjährungszeit stattgefunden habe, für erforderlich, wenn nicht von solchen serv. discontinuae die Rede sey, welche ihrer Natur nach nicht in jedem Jahr ausgeübt werden können.

Unterbrechung bei solchen Rechten, welche zur täglichen Ausübung geeignet sind, schon dadurch, daß der Verjährende ein ganzes Jahr mit der Ausübung ausgesetzt hat, oder bei solchen Rechten, deren Ausübung nur in bestimmten Perioden eintreten kann, wenn eine oder die andere Periode ungenützt geblieben ist, für begründet erachtet. Die gewöhnliche Annahme geht dahin, daß der Besitz, so lange die Möglichkeit der Ausübung fortdauert, nicht als unterbrochen betrachtet werden könne, wenn nicht der non usus ungewöhnlich lange gedauert hat, s. Sintenis pr. Civilr. Bd. I. §. 64. not. 48., Göschen Vorlesungen Bd. II. Abth. I. §. 310., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 216., v. Savigny Recht des Besitzes S. 577. Daß ein ungewöhnlich langer non usus als Unterbrechung des Besitzes vom Gegner des Präscribirenden zu beweisen wäre, wie Fuhr und Hofmann Versuche S. 19. §. 10. behaupten, scheint nicht richtig, vielmehr kann man dabei stehen bleiben: der Präscribirende habe die häufige Ausübung der Servitut zu beweisen 1) um continua possessio darzuthun, 2) um dem Richter Ueberzeugung vom diuturnus usus zu verschaffen, s. Heimbach a. a. O. S. 314.

Zu 10) Ob justus titulus*) zu dieser Erwerbungsart erfordert werde, oder in dessen Ermangelung wenigstens scientia domini, was dann für dessen stillschweigende Einwilligung anzusehen wäre, nöthig sey, darüber sind die Meinungen getheilt; Glück Thl. IX. S. 140. ꝛc. behauptet noch, daß Eines oder das Andere erforderlich sey, wofür besonders l. 2. C. 3. 34. zu entscheiden scheint, wenn nicht die Worte: „eo sciente" blos als enunciative Bezeichnung des vorgelegten Falles und eines, den Vorwurf der Clandestinität niederschlagenden Merkmals zu betrachten wären. Auch Thibaut Besitz und Verjährung Bd. II. §. 36. behauptet die Nothwendigkeit eines gerechten Titels, welcher allenfalls nur durch unvordenkliche Verjährung ersetzt werden könne, s. auch Mackeldey Lehrb. §. 291., Leyser Med. Vol. II. Sp. 110. med. 4., Bessel im civil. Archiv Bd. XIII. S. 338. — Die herrschende Lehre geht aber**) dahin, daß keines von beiden, son-

*) Daß auch bona fides und zwar, was die auf Handlungen beruhenden Servituten betrifft, bei jeder einzelnen Handlung, nöthig sey, haben besonders ausgeführt: Schwarze und Heyne Unters. praktisch wichtiger Materien 2. Ausg. S. 58. Man kann denselben auch zugeben, daß die Abwesenheit der drei Besitzmängel nicht immer und nothwendig die bona fides involvire, daß also demungeachtet mala fides dabei möglich sey, allein diese müßte dann vom Gegner bewiesen werden, wie auch die Verf. zugestehen.

**) Und zwar ohne Zweifel bei den Rusticalservituten. Bei den Prädialservituten, bei welchen Gebäude vorkommen, ist in Ansehung negativer Ser-

dern nur so viel erfordert werde, daß man die erforderliche Zeit hindurch die Servitut nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt habe, und dies ist auch auf das Bestimmteste gesagt in l. 1. C. 3. 34. — l. 10. pr. D. 8. 5. — vergl. Roßhirt im civilist. Archiv Bd. IX. S. 6., Seuffert Erörter. Bd. II. S. 64., Unterholzner die gesammte Verjährungslehre Th. II. §. 176. xc., Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 400., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 351. No. 2., Dabelow über Verjährung Bd. I. S. 412., Busch im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 424., Elvers Servitutenlehre §. 68. S. 740 ff. — s. auch die Erkenntnisse des O.-A.-Ger. in Bayern in Seuffert's Archiv Bd. I. S. 453., desgl. in Darmstadt s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 893. (Ed. 2.), in Würtemberg s. Tafel Würtemberg. Rechtssprüche Bd. I. H. 2. S. 177., Hufnagel Mittheilungen N. F. H. 1. S. 132. und in Lübeck s. Bremer Sammlung I. S. 534. und Seuffert's Archiv IX. No. 132. — In v. Bülow u. Hagemanns prakt. Erörter. Bd. VII. S. 288. wird ausgeführt, daß eine Realservitut, z. B. Fischereigerechtigkeit, die nicht heimlich, nicht bittweise und nicht gewaltsam, mit Wissen des Eigenthümers ausgeübt worden ist, auch ohne Darlegung eines gerechten Titels durch einen 10- oder 20jährigen Besitz erworben wird. Uebereinstimmend ist Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 293., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1101., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 375., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 156.: „zur Erwerbung der dinglichen Dienstbarkeiten wird kein Erwerbungsgrund erfordert."

Zu 11) Gegen Zimmern in seinen und Neustetel's römischrechtlichen Untersuchungen no. 5. entscheidet opinio communis doctorum für die bejahende Beantwortung der beiden ersten Fragen, s. Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 287., Bessel das. Bd. XIII. S. 410. §. 23. Hinsichtlich der Personalservituten, insbesondere des ususfructus, spricht die l. 12. C. de praescr. longi temporis (7. 33.) ausdrücklich dafür und übrigens sprechen die Gesetze l. 1. §. ult. D. 39. 3. und l. 12. C. cit. von Servituten ganz allgemein. Gleiches gilt von den deutschrechtlichen Dienstbarkeiten, s. Tafel auserlesene Civilrechtssprüche der höhern Gerichtsstellen in Würtemberg Bd. I. S. 177., wo angenommen wurde, daß das angesprochene Bannrecht

---

vituten schon zum Erwerbe des Quasibesitzes justus titulus erforderlich, und kommt daher schon als Bestandtheil des Besitzes in Betracht, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 302. Bei den affirmativen Gebäudeservituten ist der fehlerfreie Quasibesitz für genügend erachtet; l. 1. C. 3. 34.

des Obstmostens auf der gutsherrlichen Kelter, in Ermangelung eines Rechtstitels durch einen Besitzstand von wenigstens 30 Jahren erworben werden könne. Doch können grundherrliche Abgaben, wenn sie nicht passiv auf einem Gut ruhen, nicht Gegenstand einer possessorischen Klage seyn; Tafel a. a. O. S. 211.

Zu 12) Die bejahende Meinung für die analoge Anwendung der Gesetze über die Eigenthumsverjährung nach Nov. 131. c. 6. scheint in praxi wohl die herrschende, s. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 291. not. d., Glück Thl. IX. S. 147., Theod. Muther Ersitzung der Servituten (1852) §. 12. und Elvers Servitutenlehre §. 68. S. 749. — doch liegt sie nicht außer allem Zweifel, indem die l. 8. C. 7. 39. nur vom Eigenthum spricht, eine ausdehnende Erklärung aber in Gegenständen einer Beschränkung natürlicher Freiheit von Andern beanstandet wird, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 351. no. 4. [Zur Ersitzung einer Servitut an einem im Eigenthum des Landesherrn befindlichen Grundstücke wird, nach der Ansicht des Obertribunals zu Berlin, ein 40jähriger Zeitraum erfordert; s. Seuffert's Archiv XIV. No. 274.]

Zu 13) Factisch kann nur dadurch eine Unterbrechung bewirkt werden, daß der Besitz der Servitut gänzlich aufhört. Eine interruptio naturalis setzt daher voraus, daß der Eigenthümer des dienenden Guts dem herrschenden die fernere Ausübung der Servitut unmöglich macht, oder daß der Präscribent sich bei einem Verbot des Eigenthümers beruhigt; Glück Thl. IX. S. 151. Daß Pfändung, wenn sie auf legitime Weise geschieht (d. i. wenn das Pfand zu Gericht geliefert wird), den Besitz und mit ihm die Verjährung unterbreche, ist wohl nicht zu bezweifeln, daß aber auch eine außergerichtliche Pfändung oder z. B. das Abtreiben des Viehs bei der Weideservitut die Unterbrechung der Verjährung selbst dann bewirken könne, wenn der sich zur Weide berechtigt Haltende sich dadurch nicht abhalten läßt, sein Vieh fortwährend zur Weide zu treiben, wie Gottschalk in Discept. for. T. I. pag. 337. etc. anzunehmen scheint, wird wohl mit mehr Grund von Andern, zufolge des wesentlichen Unterschieds zwischen Turbation und Dejection verneint, s. Struben rechtliche Bedenken Th. I. S. 57., Hommel Rhaps. Obs. 109., Wernher P. VI. Obs. 400. P. IX. Obs. 219., Glück a. a. O. Ein Erkenntn. des O.=A.=Ger. in Lübeck, s. Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 200. erachtet mit Bezug auf Kori und Langenn Erörter. pr. Rechtsfragen Th. II. no. 10. S. 102., Göschen Vorlesungen §. 310. sub 2. u. 5., Puchta Pandecten §. 188. u. Vorles. Bd. I. §. 188.

die Verjährung schon durch wörtlichen oder thätlichen Widerspruch von Seite des Eigenthümers des angeblich dienenden Guts für unterbrochen, indem ein solcher die Besitzhandlungen zu gewaltsamen mache, da l. 1. §. 5- 9. l. 20. §. 1. D. 43. 24. — l. 73. §. 2. D. 50. 17. schon dasjenige als vi factum betrachte, was gegen ein Verbot, gleichviel ob ein formloses oder förmliches, durch die That oder durch Worte kund gegebenes, geschieht. Damit stimmt Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 310. in der Art überein, daß er die bei dem interd. quod vi aut clam geltende Bestimmung, daß ein gewaltsames Beginnen (vi facere) schon darin liegt, wenn einem entschiedenen Widerspruche, geschehe dieser sinnbildlich (jactu lapilli) oder durch Einspruch testatione denunciationeque), entgegengehandelt wird, auch auf die Servitutenersitzung anwendbar erachtet. [Entgegengesetzt haben sich das A.-Gericht zu Eisenach und das O.-A.-G. zu Jena, namentlich mit Hinweis auf Capzov Jurispr. for. P. II. Const. 7. def. 8., ausgesprochen, nämlich dahin, daß das deutschrechtliche Institut der Pfändung keine Analogie für andere Formen des Widerspruchs darbiete, und daß in der sächs. Praxis überwiegend daran festgehalten werde, daß ein bloß wörtlicher Widerspruch die Wirkung der Verjährungsunterbrechung nicht habe, und daß selbst solchen Vorkehrungen, welche die Ausübung einer angemaaßten Dienstbarkeit erschweren, aber nicht unmöglich machen, z. B. Vorziehung eines Grabens durch den beanspruchten Fahrweg, jene Wirkung dann nicht beizulegen sey, wenn der Andere die Schwierigkeiten überwindet und die Ausübung des behaupteten Rechtes fortsetzt; s. Thür. Blätt. f. Rechtspflege IX. (1862), S. 1—6.]

Interruptio civilis wird durch Klage und Vorladung, und, wenn der Gegner abwesend ist, durch eine bei dem Richter oder coram Notario et testibus eingelegte Protestation bewirkt; diese hat aber nur insofern Wirkung, als der Negatorienkläger in der Hauptsache siegt, oder den Proceß 40 Jahre lang liegen läßt; Glück Thl. IX. S. 152., Höpfner Inst.-Comm. §. 398., nicht aber, insofern der beklagte Besitzer gewinnt, s. Thibaut Besitz und Verjährung §. 17. S. 70.

Zu 14) Manche wollen bei der Servitutenersitzung eine accessio possessionis gar nicht gelten lassen, s. Dabelow über die Verjähr. Th. II. §. 107., Andere wenigstens dann nicht, wenn der Verjährende keinen Rechtstitel für sich hat, s. Glück Thl. IX. S. 154. Das Gegentheil vertheidigt Thibaut über Besitz und Verjährung §. 18. mit der Bemerkung, daß die l. 32. §. 1. D. 8. 2. — von dem Fall zu verstehen sey, wo der Besitz zuvor schon interrumpirt war. Da

kann freilich dem Nachfolger der Besitz des Vorgängers nichts nützen, wohl aber, wenn der Besitz ununterbrochen von einer Hand in die andere geht.

---

§. 113.

3. Servitutes praediorum rusticorum.

A. Weg-Servituten.*)

1) Wenn bei Constituirung der Wegservitut -- welche jedenfalls nicht für ein bloßes Spazierengehen, ut spatiari in alieno

*) Via, als eigentlicher [„hergerichteter"] Weg, welcher in gerader Linie 8 Fuß, im Bogen (in amfractu) aber 16 Fuß breit seyn mußte und jedweder Gebrauchsart eines Wegs rechtlich unterworfen ist, wie l. 7. pr. D. 8. 6. von der servitus viae lehrt, somit auch Substrat des iter und actus ist (nam et iter et actum in se via continet, l. 1. D. 8. 3. — l. 9. D. 8. 1. —), welche übrigens beide auch ohne Ausscheidung eines bestimmten Terrains, welches wir einen Weg nennen, über ein Grundstück stattfinden konnten, so nämlich, ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, l. 6. §. 1. D. 8. 3. — und zwar iter, um blos darüber zu gehen, in einer Sänfte getragen zu werden, und zu reiten [Fußsteigsgerechtigkeit; vergl. dazu Seuffert's Archiv X. No. 136.], auch, wenn das Grundstück des Nachbars, über welches ich zu dem meinigen gelangen will, ein See ist, darüber zu schiffen, l. 23. §. 1. D. 8. 3. oder wie Plautus im Rudens Act. I. S. 5. V. 10. es naiv nennt, mich eines equus ligneus zu bedienen, oder actus, um auch Vieh darüber zu fahren (nach Einigen blos mit leichtem Fuhrwerk, s. Walch Introd. in controv. jur. civ. Sect. I. c. III. §. 27. u. A., nach Andern, s. Glück Thl. X. S. 155. ohne Unterschied der Art des Fuhrwerks) l. 7. pr. l. 12. D. 8. 3. — Daß unsere Viehtriftsgerechtigkeit ganz dem römischen actus entspreche, mithin auch die Befugniß zum Fahren enthalte, ist wohl unerweislich, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 274. Im actus ist iter überhaupt begriffen, §. 1. J. 2. 3. — wenn nicht besonders bedungen ist, daß iter nicht weiter, als zum Treiben des Viehes nöthig ist, gebraucht werden dürfe, l. 4. §. 1. D. 8. 5., aber nicht umgekehrt ist auch actus im iter begriffen, l. 1. D. 8. 3. — Daß nicht, wie Gensler im civilist. Archiv Bd. IV. no. 20. S. 251. annahm, wer das Recht hat, über ein Grundstück zu fahren, auch das Recht habe, Vieh darüber zu treiben, erhellt schon aus obigen Bemerkungen und ist umständlich ausgeführt in einem Erkenntn. d. O.-A.-Ger. in Dresden im Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1851. S. 22., s. auch Seuffert Erörter. Abtheil. I. S. 56. und Abth. II. S. X. der Vorrede und Pand.-R. I. §. 165.; Schweppe Privatr. II. §. 290., Seuffert's Archiv IV. No. 13. und XII. No. 127. — Actus begreift nicht die Befugniß, Steine oder Balken über den Weg zu schleifen, l. 7. pr. D. 8. 3., wie jedoch Dem zusteht, welcher servitus viae schlechthin hat, l. 1. §. 1. D. 8. 5., G. F. Puchta civilist. Abh. no. III.; denn dieser hat ja einen eigentlichen Weg, und muß ihn auch auf seine Kosten in brauchbarem Stand

possimus, sondern nur so zu verstehen ist, ut ultra citraque commeare ad usus praedio necessarios possimus, l. 8. pr. D. 8. 1., Glück Thl. X. S. 140. — über die Breite des Wegs nichts bestimmt ist, was hat dann zu geschehen?

2) Wenn Jemand das Recht erlangt hat, über des Andern Grundstück zu gehen, zu fahren oder Vieh zu treiben, ohne daß ein bestimmter Weg ausgemacht ist, kann er dann fahren und treiben, wo er will, und bald da, bald dort?

3) Wenn durch Vertrag oder Verjährung dem Weg eine gewisse Linie bestimmt war, kann dann der Belastete verlangen, daß dem Berechtigten eine andere Linie angewiesen werde, wenn dies dem Berechtigten nicht zum Nachtheil, dem Belasteten aber zum Vortheil gereicht?

4) Wenn das berechtigte oder das dienende Grundstück getheilt worden ist, wie ist es dann mit der Ausübung der Wegservitut zu halten?

5) Wenn eine Wegdienstbarkeit ohne nähere Bezeichnung des Gebrauchs für iter oder actus, aber von so schmaler Beschaffenheit bestellt ist, daß man darüber nicht wohl fahren, aber doch einzelne Stücke Vieh vor sich hertreiben, oder daß man wohl fahren und einzelne Stücke Vieh, aber nicht einen ganzen Viehstand oder eine Heerde darüber ohne Schaden

---

halten, daher es auch nur seine Sache ist, ihn zu schonen, vergl. auch Gensler im civil. Archiv. Bd. IV. S. 244., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 317. no. 184. — Sintenis im pr. Civilr. Bd. I. §. 63. stellt die verschiedenen Begriffe der römischen Wegservituten iter, actus, via folgendermaßen fest: „wesentlich ist dem ersten das Recht, über das dienende Grundstück zu gehen, dem zweiten, das Last- und Zugvieh überzuführen, und dem dritten, außer diesen beiden noch das Recht, mit einem Wagen darüber zu fahren und schwerere Lasten zu schleifen. Ingleichen ist für die viae eine wirkliche Straße charakteristisch, und zwar von der zum Fahren nöthigen Breite und dem erforderlichen Höhenraum, für jene beiden ersteren aber nicht." — Eine blos über ein Grundstück zu gehen eingeräumte Servitut gewährt dem Berechtigten nach einem Erkenntn. des O.-A.-Ger. in Lübeck (s. Bremer Sammlung 1830. S. 61.) nicht die Befugniß, mit einer Schiebkarre darüber zu fahren; l. 7. pr. D. 8. 3. führt uns zu der Annahme, daß diese Servitut sich nicht auf einen solchen Gebrauch des Wegs erstrecke, wobei nicht die Passage der Person, sondern der Transport von Sachen der Hauptzweck ist. Vergl. dazu Elvers Servitutenlehre §. 42. S. 386 ff., Windscheid Lehrbuch I. §. 211.

Insofern die römischen Grundsätze, als vom Sprachgebrauch abhängig, Zweifel übrig lassen, wird das tantum praescriptum, quantum possessum gelten müssen, s. Sächs. Zeitschr. IV. S. 466., Kritz Abhandl. S. 38.

treiben [oder daß man darüber nicht wohl reiten] kann, wie weit ist dann das Recht des Servitutberechtigten als begründet anzunehmen?

6) Geht die serv. actus dadurch verloren, daß man sich durch rechtsverjährte Zeit des Wegs nur zum Gehen bedient hat?

7) Wem liegt die Unterhaltung des Wegs ob, dem herrschenden oder dienenden Grundbesitzer?

8) Wenn der Besitzer des dienenden Guts, über welches mir die Ein- und Durchfahrt zusteht, dasselbe mittels eines Thors verschließt, ist er dann schuldig, mir einen Thorschlüssel zu geben, oder muß ich es mir gefallen lassen, denselben immer erst zur Aufschließung auffordern zu müssen?

9) Muß es sich der Besitzer des dienenden Grundstücks gefallen lassen, wenn der Wegberechtigte in Folge einer veränderten Handthierung den Weg stärker benützt?

10) Kann auf einem öffentlichen Weg auch eine besondere Weggerechtigkeit bestehen?

11) Wie müssen die Handlungen, durch welche der Quasibesitz einer Weggerechtigkeit begründet werden soll, beschaffen seyn, um sich als Rechtsausübung zu charakterisiren? [Kann eine Gemeinde Subjekt einer Wegegerechtigkeit werden?]

12) Kann der Besitz einer Fahrgerechtigkeit durch fremde Personen geltend gemacht werden?

13) Ist auch einem Nießbraucher des praedium dominans die Spolienklage wegen einer serv. viae zuzugestehen?*)

Zu 1) Dann tritt das Ermessen des arbiter ein, l. 13. §. 2. D. 8. 3., wobei darauf Rücksicht zu nehmen ist, daß unter 2 Fuß Breite eine Wegservitut gar nicht giltig constituirt werden kann, da aber das Reiten und von Maulthieren in Sänften getragen zu werden auch in der serv. itiner. begriffen ist, 4—5 Fuß Breite arbitrirt werden müßten; Glück Thl. X. §. 674. S. 143. Bei der serv. actus haben die arbitri ihre Bestimmung nach dem örtlichen Verhältniß und

---

*) Ueber andere Serv. pr. rust. ist lediglich auf die betreffenden Gesetze zu verweisen, z. B. serv. aquaeductus l. 8. D. 39. 3., aquaehaustus l. 3. §. 3. D. 8. 3., serv. pecoris ad aquam appulsus l. 1. §. 1. l. 4. D. 8. 3., sowie auf dasjenige, was darüber in der Materie vom Wasserrecht (§. 97.) und vom Landeigenthum (§. 99.) gesagt worden ist.

nach der Zahl des zu treibenden Viehes zu richten, l. 13. §. 2. D. 8. 3., Glück Thl. X. §. 675.

Zu 2) Ist actus oder iter durch Legat bestellt, so wird im Zweifel immer die Servitut für einen bestimmten Weg ausgelegt, l. 13. §. 1. D. 8. 3., wenn nicht besonders ausgemacht ist: totus ager itineri servit. Elvers Servitutenlehre S. 401. Außerdem ist durch die allgemeine Vorschrift: servitutibus civiliter utendum est, die Wahl, welche dem Servitutberechtigten in Ansehung der Oertlichkeit bei der unbestimmt, sey es durch Vertrag oder Legat*), constituirten Servitut allemal zusteht, l. 9. D. 8. 1. l. 21. D. 8. 3. l. 8. D. 43. 20., s. Glück Thl. X. S. 165. — ohne jedoch richterl. Ermessen auszuschließen, l. 13. §. 1. D. 8. 3. — insoweit beschränkt, daß der Servituteninhaber nicht mitten durch Saatfelder und Weinberge, sondern wo es dem Belasteten am wenigsten schädlich ist, die Servitut ausüben, auch nach einmal getroffener Wahl nicht wieder wechseln und die Richtung verändern darf; l. 13. §. 1. D. 8. 3. — l. 9. D. 8. 1., Glück Thl. X. §. 677. S. 166. [Die Befugniß, über ein bestelltes Grundstück zu fahren, hat die Regel gegen sich und bedarf einer besonderen Begründung. Indeß wird dabei vorausgesetzt, daß, wenn das Vorhandenseyn einer Servitut im Allgemeinen erwiesen ist, die Bebauung des dienenden Grundstücks nicht ungehörig, sondern der bestehenden Feldordnung gemäß erfolge. Daß ungehörig und der Feldordnung zuwider bebaut sey, hat der Servitutberechtigte nachzuweisen. Beschl. des O.=A.=G. zu Cassel. Heuser's Annalen II. S. 298., Seuffert's Archiv IX. No. 269.]

Zu 3) Kori Erörterungen Th. III. S. 58. 2c. verneint diese Frage aus Gründen des Obligationenrechts, welche jedoch wohl nicht in das Servitutrecht hinüber zu ziehen seyn möchten. Er führt aber auch selbst zwei, seiner Meinung entgegenstehende Erkenntnisse des Königl. Sächsischen [ehemaligen Landes=] Appellationsgerichts an. Auch v. Hartitzsch in den Entscheid. prakt. Rechtsfragen no. 471. bestätigt die damit übereinstimmende Praxis nach dem Princip der Billigkeit: quod tibi non nocet, alteri autem prodest etc. Eben so das O.=A.=Ger. in Lübeck, s. Hamburger Samml. Bd. II. Abth. 1. S. 131.

---

*) L. 26. D. 8. 3. scheint zwar die Wahl dem Erben zuzugestehen, weshalb Westphal de serv. praed. §. 548. dieses wenigstens dann annimmt, wenn die Worte des Testators an den Erben gerichtet sind, s. auch Kritz Abh. no. 2., allein nach aufgehobenem Unterschied der legata per damnationem und per vindicationem relicta gilt das eben Gesagte ohne Unterschied, l. 9. D. 8. 1.

und eine Entscheid. des Gerichtsh. in Ellwangen s. Hufnagel Mittheilungen N. F. H. 1. S. 157., Glück Thl. X. S. 223.

Zu 4) Diese Frage entscheidet l. 6. §. 1. D. 8. 6. dahin:

A. in dem Fall, daß das herrschende Gut getheilt ist (fundus regionibus divisus), muß es so gehalten werden, als wenn die Servitut von Anfang an zwei verschiedenen Landgütern gedient hätte;

B. Wenn das dienstbare Grundstück getheilt worden ist, so können verschiedene Fälle eintreten, entweder

a) die Stelle des Wegs war ein für allemal bestimmt. Wird dann das Grundstück per longitudinem viae getheilt, so daß also durch die Theilungslinie die Breite des Wegs durchschnitten wird, so ist es so zu halten, als ob gleich bei der Bestellung zwei Grundstücke gewesen wären; wird aber das Grundstück der Länge des Wegs nach (per latitudinem viae) getheilt, so daß also der Weg selbst in der Breite getheilt wird, und auf der Grenze läuft, dann bleibt das Recht der Dienstbarkeit unverändert, wie es bestanden hat, als das Gut noch nicht getheilt war, und es thut nichts zur Sache, ob es gleich oder ungleich getheilt worden ist. Die Servitut bleibt in diesem Fall auch immer nur Eine, so daß der ganze Weg durch den Gebrauch erhalten, oder durch Nichtgebrauch verloren wird. Das Recht des Wegs ist nur ein einziges und wie zuvor ungetheiltes; es könnte daher dem Recht in seinem ganzen Umfang auch nichts schaden, wenn man nur von dem, nun blos auf dem einen Theil sich hinziehenden Fußsteig Gebrauch gemacht hätte. Der eine Theil des getheilten dienenden Grundstücks könnte nur durch besondere Uebereinkunft oder auch durch Confusion befreit werden, wenn ihn der Servitutberechtigte kauft, vorausgesetzt nämlich, daß dann noch dem Weg die gesetzliche Breite übrig bleibt, um als Fahrweg bestehen zu können; denn außerdem werden die beiden Stücke des getheilten Grundstücks von der vormaligen Servitut befreit, das eine durch Confusion wegen des Kaufs, das andere deswegen, weil auf der übrig gebliebenen Stelle kein Fahrweg bestellt werden kann. Oder

b) das Fahrwegsrecht war so bestellt, daß der Berechtigte über jeden Theil des fundus gehen und fahren und die Richtung nach Belieben verändern konnte; dann wird die Sache auch wieder so angesehen, als wenn ursprünglich zwei verschiedenen Landgütern zwei verschiedene Dienstbarkeiten auferlegt worden wären, s. Puchta civilist. Abhandl. S. 137.

Zu 5) Der Servitutberechtigte kann im ersten Fall nur iter in Anspruch nehmen, iter magis, quam via aut actus adquisitus videbitur, im zweiten Fall aber nur actum minus plenum; l. 13. D. 8. 1., Glück Thl. X. §. 674. S. 149. Man kann also nicht behaupten, daß actus, ob er gleich Fahrrecht und Viehtrieb der Regel nach in sich faßt, nothwendig immer beides selbst dann mit sich bringe, wenn das Eine oder Andere nicht ohne Beschädigung des Grundstücks möglich ist, und besonders, wenn deshalb auch der verjährte Gebrauch nur auf das Eine oder Andere eingeschränkt war. Quaedam in sermone tacite excipiuntur, l. 9. D. 8. 1. Das: si modo fructus non laedat, in l. 7. D. 8. 3. muß auch hier analog gelten. Sommer im Archiv Bd. III. S. 231. ꝛc., vorzüglich Gensler's Anmerkungen dazu no. 9., Schweppe R. Privatr. Th. II. §. 290.

Dasselbe würde vom iter gelten, wenn nämlich der eingeräumte Fußpfad zum Reiten nicht geeignet ist, so würde dieses unterbleiben müssen, wenn es gleich im Allgemeinen im Recht des iter inbegriffen ist; v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 341. no. 1., v. Keller Pandekten §. 165. z. E. und Windscheid Lehrbuch I. §. 211. Anm. 3. z. E. So auch bei der serv. viae; ob sie gleich Alles in sich begreift, so wird doch, wenn der Weg nicht die gesetzliche Breite hat, nicht via, sondern iter angenommen, l. 23. pr. D. 8. 3.

Zu 6) Diese Frage ist in l. 2. D. 8. 6.: qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum iret, non perisse actum, sed manere, verneinend entschieden, wie gegen Glück Thl. X. S. 161. no. 3. überzeugend bewiesen ist von G. F. Puchta a. a. O. S. 151. und v. Vangerow a. a. O. §. 341. no. 3. lit. b. und auch aus dem in der obigen Anmerkung *) zu diesem §. 113. Gesagten folgt. [Die mit einer servitus actus verbundene Fahrgerechtigkeit geht dadurch nicht verloren, daß während der Verjährungszeit der Weg nur zur Viehtrift benutzt worden war. O.-A.-G. zu Celle, s. Seuffert's Archiv X. No. 233.]

Zu 7) Nach der allgemeinen Regel: „servitus in faciendo consistere nequid" muß der Eigenthümer des herrschenden Guts, mithin der Wegberechtigte den Weg unterhalten, womit auch l. 3. §. 11. D. 43. 19. und l. 2. §. 22. D. 43. 8. übereinstimmt; Hommel Rhaps. Obs. 89., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 3. th. 7. not. 4., Elvers Servitutenlehre §. 6. S. 53 ff.

Zu 8) Durch die einem gewissen Berechtigten zustehende serv. viae ist natürlich der serviens nicht gehindert, gegen jeden Andern sein Eigenthum durch Verschluß zu sichern [vergl. dazu Seuffert's Archiv XII. No. 7.], und es geschieht sogar auch zum Besten des Ser-

vitutberechtigten, daß der Weg nicht durch Andere abgenutzt werde, er ist also blos schuldig, dem Servitutberechtigten den Weg zu öffnen; aber diesem einen eigenen Schlüssel zum Thor zu gewähren, würde er nur durch besondere Stipulation verbunden seyn können, wenn er es nicht selbst vorzieht, sich die Mühe des jederzeitigen Oeffnens auf jene Weise zu ersparen; denn immer gilt in Ansehung der Art und Weise der Servituten-Ausübung die Entscheidung für die dem Verpflichteten mindest lästige Weise, s. die Entscheidung eines königl. bayerischen Appellationsgerichts in Seuffert und Glück's Blättern für Rechtsanwendung Bd. VI. S. 353.

Zu 9) v. Hartitzsch in den Entscheid. prakt. Rechtsfragen verneint dies, indem jede Servitut nur in den Grenzen, in welchen sie erworben wurde, fortwährend ausgeübt werden dürfe. Allein eine uneingeschränkt und ohne specielle Bestimmung ertheilte Weggerechtigkeit scheint nicht von einem zufälligen und temporären, sondern von dem jederzeitigen Bedürfniß des praedium dominans verstanden werden zu dürfen. Dafür entscheidet auch die Analogie der l. 23. D. 8. 2., Leyser Spec. 108. Med. 10. Das dienende Gut wird ja auch dadurch nicht mehr onerirt, da der Wegberechtigte den Weg unterhalten muß, und nur ihm diese Last mit dem vermehrten Gebrauch des Wegs erschwert wird.

Zu 10) Das Vorhandenseyn eines iter publicum schließt die Möglichkeit der Existenz einer besondern Weggerechtigkeit nicht aus, vielmehr kann beides sehr wohl mit einander bestehen; Erkenntn. d. O.-A.-Ger. in Lübeck in der Bremer Sammlung I. S. 193. und Seuffert's Archiv IX. No. 136.

Zu 11) Es kommt in Dörfern häufig vor, daß man durch den offenen Hofraum eines Bauern beliebig hindurchgeht; kann nun Einer, der dieser gemeinen Freiheit resp. Connivenz sich die Verjährungszeit hindurch bedient hat, darauf den Erwerb einer Servitut gründen? Da diese serv. rusticae nicht den Personen, sondern nur den Gütern zugeschrieben werden können, so müßte er ein seinem Gute eigenes Bedürfniß oder wesentliches Interesse darthun. Vom Begriff eines Rechts ist ein wirkliches Interesse unzertrennlich, vergl. Erkenntn. des O.-A.-Ger. zu München in Seuffert und Glück's Bl. für Rechtsanw. Bd. XX. S. 189.

[Von mehrern Gliedern einer Gemeinde war unter dem Anführen, daß man sich seit undenklicher Zeit eines Wegs über das Grundstück des Beklagten zu Zwecken des öffentlichen Gebrauchs, z. B. zum Kirchgang bedient habe, eine Wegegerechtigkeit in Anspruch genommen

worden; hierauf erkannte das O.=A.=G. zu Cassel: Der fragliche Weg nehme, da er von den Klägern nicht aus einem sie persönlich angehenden besonderen Titel, sondern als Nachbarn der Gemeinde und zum Zwecke des Besuchs der Kirche und Schule in Anspruch genommen werde, die Eigenschaft eines dieser Gemeinde angeblich zustehenden Rechts an. Das Deutsche Recht, insonderheit der Gerichtsgebrauch, erkenne die rechtliche Existenz dieser Servituten, deren Subject eine Gemeinde im Ganzen ist, auch ohne besondere Berücksichtigung eines dabei als praedium dominans vorausgesetzten bestimmten Grundstücks an. Heuser's Annalen I. S. 558., Seuffert's Archiv VIII. No. 113. und dazu ebendas. XV. No. 205.]

Zu 12) Daß eine Fahrgerechtigkeit durch fremde Personen erworben werden könne, darf wohl nicht ohne allen Unterschied angenommen werden, jedoch in einem solchen Falle, wo die Mahlgäste einer gewissen Mühle während des Verjährungs=Zeitraums über fremdes Eigenthum zur Mühle und von da zurückgefahren sind, um ihren Mühlbedarf zu erholen, wurde von den Sächsischen Spruchbehörden dem Mühlbesitzer die Befugniß, vom Eigenthümer des leidenden Grundstücks zu verlangen, daß dieser das Fahren der Mahlgäste dulde, unbedenklich zuerkannt, indem dieses Fahren gar nicht als ein reines factum alienum, sondern als ein solches zu betrachten ist, welches zugleich im Interesse des Mühlenbesitzers geschehen ist, und zum dauernden Vortheil seines Geschäfts gereicht, s. Seuffert's Archiv Bd. II. No. 11., III. No. 11., XII. No. 231., XIV. No. 212. Ebenso hat das O.=A.=Ger. in Dresden in einem ähnlichen, die Holzabfuhr aus einem fiscalischen Wald betreffenden Fall entschieden. Wenn die Gesetze den Erwerb der Wegegerechtigkeit durch Stellvertreter zulassen, erfordern sie keineswegs, daß eine besondere Auftragsertheilung an letztere zu dem gedachten Zwecke stattgefunden habe, l. 1. §. 7. 8. l. 3. §. 4. D. 43. 19. — l. 9. D. 41. 2., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 194., denn der Gast oder Freund, oder wer sonst in eigenen Angelegenheiten des über fremden Grund und Boden führenden Wegs sich bedient, thut dies in der Regel ohne vorher erhaltene Weisung, weil er glaubt, daß der, zu dem er geht oder fährt, selbst den Weg zu gebrauchen, und durch die, welche zu ihm kommen, gebrauchen zu lassen berechtigt sey. Auch besagen die angezogenen Gesetzstellen ausdrücklich, daß derartige Stellvertreter dem Eigenthümer des Grundstücks, zu welchem der Weg führt, den Besitz der Servitut auch verschaffen; per eos uti videmus servitute — im Gegensatz des bloßen Abwendens des Verlusts derselben durch non usus, des retinere ser-

vitutes — worauf v. Langenn und Kori Erört. Bd. I. S. 229. (Aufl. 2.) die rechtliche Wirksamkeit beschränkten —, welches letztere auch durch den Gebrauch des Weges von Seiten solcher Personen geschieht, welche ihr eigenes Recht auszuüben glauben, l. 5. 6. pr. l. 20—24. D. 8. 6. oder auch welche nicht wissen, daß sie über fremden Grund und Boden gehen, l. 1. §. 7. D. 43. 19. Zwar ist in den bemerkten Gesetzen dem in dieser Weise erworbenen Besitze nur ein Anspruch auf Schutz durch Interdict beigelegt; allein dies erklärt sich daraus, daß zur Zeit des Gajus und Ulpian, aus deren Schriften die betreffenden Fragmente entnommen sind, noch die lex Scribonia wenigstens in formeller Geltung bestand, wonach die erwerbende Verjährung der Servituten überhaupt untersagt war, l. 4. §. 29. l. 10. §. 1. D. 41. 3. — l. 14. pr. D. 8. 1. und es kann daran, daß dieser Besitz, eben so wie durch den Besitzer selbst oder durch die Seinigen oder durch ausdrücklich bevollmächtigte Personen ausgeübt, zum Erwerbe durch Verjährung führen könne, um so weniger gezweifelt werden, nachdem Justinian durch l. ult. C. 7. 33. die Servitutenverjährung ausdrücklich wieder eingeführt hat. — Immer wird jedoch das Daseyn von Momenten erfordert, welche die Annahme rechtfertigen, daß die handelnden dritten Personen in einem Repräsentationsverhältnisse zu dem Besitzer des fundus dominans gestanden haben. Es müssen daher Merkmale vorliegen, daß sie nicht oder wenigstens nicht lediglich in eigenem Interesse, sondern auch zugleich im Interesse des letzteren gehandelt haben, und in der Regel wird auch dessen Wissenschaft um ihre Handlungen und der Wille, den Besitz durch diese Mittelspersonen auszuüben, nicht fehlen dürfen, ausgenommen bei juristischen Personen, bei welchen, weil ihnen ein unmittelbares Bewußtseyn abgeht, der animus possidendi für entbehrlich gehalten wird, l. 12. D. 8. 1. — l. 1. §. 22. l. 2. D. 41. 2. — Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1846. no. 13. Vergl. dazu Seuffert's Archiv XII. No. 231.

Zu 13) Die Spolienklage wegen einer servitus viae kann von dem Nießbraucher des praedium dominans erhoben werden, wenn schon dieser nach l. 12. pr. l. 52. D. 41. 2. nur körperlicher oder sogenannter Naturalbesitzer ist. Wenn z. B. v. Savigny Besitz (Ed. 6.) S. 622., v. Wening-Ingenheim Civilr. Bd. III. §. 250. sie nur dem juristischen Besitzer gestatten, folglich dem, der nur körperlich, alieno nomine besitzt, versagen, so wird dies durch c. 2. 3. 4. X. 2. 13. widerlegt, wo dem Pfarrer und sonstigen Pfründe-Inhaber wegen der mit seiner Pfründe verbundenen Dotalgüter, woran er doch nur ein Nießbrauchsrecht, so lange er in der Pfründe bleibt, hat, jene Klage

zugestanden wird, c. 2. X. 2. 24. — C. 5. X. 2. 13. — Boehmer J. E. Pr. lib. II. tit. 5. §. 159. Mit Recht ist der Gerichtsbrauch übereinstimmend, Boehmer Princ. jur. Can. §. 688 ꝛc., Kori summar. Proceß S. 245. Urtheil der Facultät Jena 1850. in Emminghaus Pand. S. 859. no. 43.

---

§. 114.

B. Hut- und Weidegerechtigkeit.*)

Im Voraus ist hier in das Auge zu fassen, daß diese Gerechtigkeit in Deutschland viel seltener in der Form einer, dem Einzelnen zustehenden Prädialservitut, als vielmehr durch die Gemeindeverfassung, Gesammteigenthum und gutsherrliche Rechte sich begründet findet, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 179., Seuffert's Archiv IV. No. 251. S. 408., VII. No. 271., XIV. No. 63. Hierauf ist bei der Beantwortung folgender Fragen Rücksicht zu nehmen; als durchgreifender Grundsatz ist es aber wohl anzuerkennen, daß jede Hutgerechtigkeit, von welcher Art sie seyn mag, von dem Berechtigten nur auf unschädliche Weise ausgeübt werden dürfe und, wie alle Beschränkungen des Eigenthums, strenger Auslegung unterworfen ist.

Daraus folgt, daß die Hut niemals mit krankem Vieh, übrigens auf Wiesen nur zur offenen Zeit, und auf Feldern nur entweder in der Brache oder in die Stoppeln stattfindet,**) auch folgt noch nicht aus dem Recht der Stoppelhütung das Recht, die Brachfelder zu beweiden, wo nicht Gesetze, Verträge oder rechtliches Herkommen ein Anderes mit sich bringen, Hagemann Landwirthschaftsr. §. 180. u. 295. Der Weideberechtigte darf auch Wiesen nicht mit Schafen, Schweinen und Gänsen behüten, wo es nicht hergebracht ist, s. Rüdiger allgem. Staatslehre Thl. II. S. 26., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 294., Glück Thl. X. S. 172., Münter Weiderecht §. 69 ꝛc. u. 92.; aber auch, wo dergleichen hergebracht ist, dürfte die Staatsgewalt solche Hutungen für gemeinschädlich erklären, wonach sie auch ohne Vergütung cessiren

---

*) Von der Hutgerechtigkeit in Waldungen s. oben Kap. II. §. 100: vom Forst- und Jagdrecht.

**) Das römische Recht kennt Hut auf den Feldern und Wiesen nicht, sondern nur auf Saltus (Lehden, Eggerten), l. 1. C. 11. 60. Isidor. Orig. XV. 13.

müßten, s. Hagemann a. a. O. Am eingeschränktesten ist vermöge dieser Grundsätze die Hut in Waldungen; denn sie bleibt stets der Forstaufsicht, besonders zur Schützung der jungen Schläge, untergeordnet, s. Strampfer Hutrecht §. 24., Münter Weiderecht §. 272. Doch darf der Waldeigenthümer die Zuschläge nicht so groß machen, daß dem Hutberechtigten auf einmal die Hälfte der Weide entzogen würde, Hagemann a. a. O. §. 286. not. 4.

Oft sind gleichwohl die Grenzbestimmungen zweifelhaft, inwiefern die Selbstbenutzung des Eigenthümers durch das Weiderecht nicht doch rechtlich verhindert werden könne,*) während gleichwohl

*) Daß die Hut- und Weidegerechtigkeit eines Servitutberechtigten die Mithut des Eigenthümers der dienenden Gründe nicht ausschließt, ist bekannt; zweifelhaft aber ist die Frage: ob in den Fällen eines auf einer ganzen Gemeindemarkung zustehenden Rechts der Schafhut die Ausübung der Mithut ex jure dominii zum Besten aller der Gemeinde angehörigen Gutsbesitzer durch die Gemeinde mittels einer Gemeindeschäferei geschehen könne, was in Seuffert's rechtswissenschaftl. Abhandl. 1837. no. 1. bejaht, und wofür auch ein Erkenntniß des Oberhofgerichts in Mannheim angeführt wird, s. Seuffert's Archiv Bd. I. No. 9., welchem folgende Ansicht zu Grunde liegt: Es ist ein deutschrechtliches Genossenschaftsverhältniß, welches die sämmtlichen Gutsbesitzer einer Flurmarkung als juristische Einheit bezüglich aller die Flurmarkung als ein geschlossenes Ganze betreffenden Rechte und Verbindlichkeiten erscheinen läßt. Indem nun für die Dorfgemeinde die Ausübung der Mithut auf der Flurmarkung in Anspruch genommen wird, ist dieselbe als Organ der Flurgenossenschaft zu betrachten. Es liegt daher nicht in dem Recht des Servitutberechtigten, die aus dem Eigenthum entspringende Mithut auf die Ausübung durch die einzelnen Gutsbesitzer und jeden derselben auf Behütung seiner Grundstücke zu beschränken. — Das Gegentheil statuirt jedoch ein Erkenntniß des O.-A.-G. in München v. J. 1846., s. Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 123., ausgehend von folgenden Erwägungen: Gegenstand des angesprochenen Weiderechts sind nicht Gemeingründe, welche, als der moralischen Person eigenthümlich, von der Gesammtheit der Gemeindeglieder benutzt werden dürfen, sondern die eigenthümlichen Grundstücke der einzelnen Gemeindeglieder, insofern dieselben in der Flurmarkung liegen und dieselbe bilden. Das dem Eigenthümer zustehende Recht der Mithut ist daher ein jus singulorum, welches nur dann ein Gemeinheitsrecht, jus universitatis, werden kann, wenn alle Grundeigenthümer in ein gemeinschaftliches gegenseitiges Beweiden sämmtlicher privateigenthümlicher Grundstücke einwilligen, und in diesem Falle nur dann, wenn die wohlerworbenen Rechte eines Dritten nicht verletzt werden, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 170. no. 5. (Ed. 6.). Das Eingehen einer solchen Mithutgesellschaft von sämmtlichen Grundeigenthümern einer Flur enthält aber, gegenüber den Weideberechtigten, auf Seiten jedes Einzelnen die ungesetzliche Einräumung einer weiteren Servitut zu Gunsten der übrigen, welche die schon rechtlich bestehende Servitut des Weideberechtigten jedenfalls be-

das Recht des Eigenthums und also auch die aus demselben entspringende Benutzungsbefugniß in der Regel durch die Servitut nicht aufgehoben wird, sondern als daneben fortbestehend betrachtet werden muß, l. 6. C. 3. 34., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 150., Seuffert civilist. Erört. S. 73., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. S. 300. Bd. VI. S. 75.

1) Kann der Grundeigenthümer vom Hutberechtigten verhindert werden, Aenger zu Feldern und Felder zu Gärten zu cultiviren, oder einmädige Wiesen zu zweimädigen zu machen [oder Forstreviere durch Kulturanlagen zu schließen]?
2) Muß es sich der Hutberechtigte in Orten, wo die Dreifelderwirthschaft eingeführt ist, gefallen lassen, wenn der Eigenthümer die Brache besömmert?
3) Ist ein nach Anzahl der Stücke eben so wenig als nach der Gattung des Viehes bestimmtes Weiderecht, insbesondere wenn die Urkunden auf das Recht der freien Trift verlauten, ganz unbeschränkt in seiner Ausübung?
4) Darf der Hutberechtigte sein Hutrecht verpachten, oder auch fremdes Vieh unter sein eigenes aufnehmen, z. B. der Schäfereibesitzer auch Kostschafe mit zur Weide treiben?
5) Ist das Meng- und Setzvieh für fremdes und Kostschafvieh zu achten?
6) Sind bei einer gemessenen Schäferei auch die Sauglämmer mitzuzählen?
7) Ist das Recht auf den Pferch oder Hordenschlag, vermöge dessen der Schäfereibesitzer seine Schafe in Horden stellen und zur Nachtzeit auf gewissen Grundstücken lagern lassen darf, eine nothwendige Folge der Schäfereigerechtigkeit?
8) Wenn dem Gutsherrn zu A. die Schafhutgerechtigkeit auf irgend einer Dorfflur stipulirt ist, derselbe aber auch in C. und D. ein Gut besitzt, auf deren jedem er Schafstallungen hat, gilt dann die Erwerbung des Hutrechts auch für die auf den Gütern C. und D. befindlichen Schafe?

---

deutend schmälert, wenn nicht in ihrem nutzbringenden Bestande beinahe aufhebt. Aus dem Umstande, daß hier das Weiderecht kraft universellen Titels auf der ganzen Flurmarkung in Anspruch genommen wird, folgt rechtlich nicht, daß die Eigenthümer dieser universitas rerum ihre besonderen Mithutsrechte durch die Annahme der Eigenschaft einer universitas personarum vereinigen dürfen, weil ihnen, da auf ihrer Seite nur eine communio juris besteht, der rechtliche Charakter einer moralischen Person abgeht.

9) Wenn das Hutbedürfniß des Rechtssubjects eines indeterminirten Hutrechts sich nach Zeitumständen vergrößert, wenn z. B. die zur Hut mit ihren Stichschafen berechtigte Metzgerzunft einer Stadt durch gestiegene Bevölkerung und Consumtion vielleicht die doppelte Anzahl von Schafen zur Weide bringt, müssen sich die Eigenthümer der dienenden Grundstücke dies gefallen lassen?

10) Ist das Schäfereirecht ausschließend ein gutsherrliches Recht, so daß die Dorfeinwohner ohne obrigkeitliche Concession nicht Schafe halten und zur gemeinen Weide bringen können?

11) Wenn die Weide, neben dem Bedarf des praedium dominans, nicht mehr auch für den des belasteten Grundeigenthümers zureicht, welcher von Beiden muß dann dem Andern nachstehen?

12) Wenn bei einem Hutrecht die Gattungen des zur Weide zulässigen Viehes nicht bestimmt sind, welche sind dann für zulässig zu achten?

13) Darf der Hutberechtigte die Gattung des Viehes, womit, oder die Zeit, wann bisher die Hut ausgeübt wurde, verändern?

14) Was wird unter Koppelweide verstanden, und inwiefern beschränken sich die Theilhaber des Weiderechts gegenseitig? Kann die Koppelhut durch einseitige Aufsagung aufgehoben werden?

15) Welchen Einschränkungen ist regelmäßig das Hutrecht der Gemeindeglieder auf den Gemeindeplätzen unterworfen?

16) Wenn ein Hutberechtigter den Viehtrieb durch fremde Reviere hergebracht hat, welche Breite des offen zu lassenden Weges ist, in Ermangelung bestimmter Verträge oder eines verjährten Besitzes, zu statuiren?

17) Geht dem Eigenthümer des dienenden Gutes die Befugniß zur Mitweide durch Nichtgebrauch in langer Zeit verloren?

18) Wann beginnt für die Hut die offene Zeit, und richtet sich dieselbe immer schlechthin nach Kalendertagen?

19) Wenn bei mehrjährigem Klee der letzte Schnitt eines Jahres im Spätherbst geschehen ist, muß dann dasselbe bis zum kommenden Frühjahr als offen für die Weide betrachtet werden?

20) Wie unterscheidet sich die Triftgerechtigkeit von der Weidegerechtigkeit?

21) Da das Weiderecht auf den Gemeindegründen ein Ausfluß der Eigenschaft als Gemeindeglied ist, so fragt sich, ob auch der Gutsherr oder auch der Ortspfarrer daran zu participiren habe?

21 a) [Kann der Besitz eines Uebertriftrechtes auch mittels fremden Viehes ausgeübt werden?]

22) Welche Rechte und Verbindlichkeiten hält das Schäfereirecht in sich?

23) Erstreckt sich das Schäfereirecht auf Sommer- und Winterweide?

Zu 1) Aeltere Schriftsteller wollen dem Grundeigenthümer durchaus nichts dergleichen zulassen, wodurch die Weide verhindert oder geschmälert würde, s. Denecken Dorf- und Landrecht Thl. I. S. 216. Einen Acker in eine Wiese zu verwandeln, soll nach Schmidt's hinterlassenen Abhandl. Thl. II. S. 111. der Grundeigenthümer dem Hutberechtigten gegenüber nicht Macht haben. Andere gestehen zwar zu, daß das Hutrecht nie so weit ausgedehnt werden dürfe, daß der Grundeigenthümer an der nach Landesart gebräuchlichen Cultur und Benutzung des Bodens verhindert würde, aber ungewöhnliche Benutzungsarten dürfte nach ihrer Meinung derselbe nur insofern willkürlich vornehmen, als der erforderliche Weidebedarf der Hutungsberechtigten dadurch nicht geschmälert, oder der entzogene Bedarf durch Anweisung eines anderen gleich guten Weidedistricts vollständig ersetzt wird, Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 34. u. 188., Hagemann Landwirthschaftsr. S. 554., Leyser jus Georgic. Lib. III. Cap. X. no. 33., Toepfer Diss. de servitute rustica agrorum incultorum culturam prohibente. Lips. 1792. Will man aber jede bisher nicht gewöhnlich gewesene Culturart ausschließen, so kommt man zu der Voraussetzung, der Grundeigenthümer habe sich durch Einräumung der Weidegerechtigkeit alles Fortschreitens in seinen Einsichten und Kenntnissen von der Landwirthschaft und der jederzeitigen Benutzung der Zeitbedürfnisse und der nach Verschiedenheit der Conjuncturen bald dieser bald jener Fruchtgattung zu Statten kommenden Vortheile im Voraus begeben, was schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht angenommen werden kann, wenn man auch von der meist precären Entstehungsart der Weideservituten ganz absehen will. Die neueren Rechtslehrer statuiren

daher: die Weideservitut dürfe den Grundeigenthümer nicht hindern, seine Ländereien wirthschaftsmäßig zu benutzen, und sie mit Früchten aller Art zu bestellen, oder auch brach liegen zu lassen [von einer Culturart zur anderen überzugehen], somit auch einmädige Wiesen zweimädig zu machen, Kind Q. for. T. II. pag. 141., Weiske Handb. d. Landw. Rechts §. 141., Glück Thl. X. S. 170. §. 678., Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 128., Seuffert's Archiv XII. No. 128. Hierbei versteht sich wohl von selbst, daß die Culturfreiheit nicht durch bloßen non-usus, sondern nur durch Prohibition und Acquiescenz verloren gehen könne, Scholz Schäfereirecht §. 104 c., wogegen freilich ältere Schriftsteller gegen die Freiheit des Eigenthümers, seine Wiese zweimädig zu machen, auch eine nicht qualificirte Verjährung der längsten Zeit entscheiden lassen, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. S. 153.

[Ueber die Frage, ob die Verletzung des Weiderechts schon durch das bloße Urbarmachen einer weidepflichtigen Leede begründet werde, differiren die Rechtssprüche der Jenaer und der Halleschen Facultät. Die erstere führte aus: da jede Servitut auf die wenigst nachtheilige Weise ausgeübt werden müsse, so dürfe der Inhaber des triftleidenden Grundstücks auch die Bauart des Grundstücks, bezieh. dessen Culturbenutzung verändern, insofern dadurch im letzten Resultate nicht die Weide auf eine nachtheilige Weise beschränkt werde; Mittermaier Privatr. I. §. 168. III., v. Gerber System §. 145. Const. Elector. Saxonic. P. II. Const. 41.; wollte also Kläger das Umreißen der Leeden durch Beklagte als mit seinem Weiderecht unvereinbar darstellen, so hätte er in der Klage ausführen müssen, daß diese Urbarmachung sein Weiderecht wesentlich beeinträchtige. Dagegen legte die Hallesche Facultät dem Beklagten den Beweis auf, es sey durch das Umbrechen und Cultiviren die Hutweide nicht so weit verringert worden, daß der Kläger sein hutungsberechtigtes Vieh auf der Weide nicht mehr ernähren könne, — denn jeder Weideberechtigte sei an sich befugt, den Veränderungen zu widersprechen, worauf schon l. 13. §. 1. D. 8. 3. hinweise, wonach jede Scholle dem Servitutberechtigten unterworfen sey, und es sei dem gegenüber, weil jede Servitut civiliter auszuüben sey, dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks nur die Befugniß einzuräumen, die Vermuthung der Verletzung durch den Nachweis fortdauernder Zulänglichkeit des dienenden Grundstücks zu entkräften. Gail Pract. observ. II. 67. §. 10., Brünnemann Com. ad l. 9. D. VIII. 1., Wernher Obs. for. I. 203. §. 6., Carpzov Jurispr. for. II. 41. def. 5., Biener Quaest. in Opusc. II. 300.

qu. 79., Emminghaus Pand. d. sächs. R. S. 480. Diesem Urtheil pflichtete das O.=A.=G. zu Jena bei. Thür. Blätt. f. Rechtspfl. III. (1856), No. 7. S. 209—213. Vergl. auch Seuffert's Archiv XI. No. 122.

In dem Eigenthum eines Forstgrundes ist das Recht der Holzkultur auf demselben wesentlich enthalten. Ist auch der Forstgrund mit einer Hutungsservitut belastet, so ist doch immer das Holz als die Hauptnutzung, die Hut und Weide aber nur als die Nebennutzung zu betrachten, und diese darf daher nach der Natur dieses Verhältnisses nur so ausgeübt werden, daß daneben die Holznutzung nach forstwissenschaftlichen Grundsätzen statthaben kann. Ist demnach auch der Hutungsberechtigte im Besitz der Hut und Weide in der Forst, so ist doch dieser Besitz nur wie das Recht selbst beschränkt auf offene, nicht auszudehnen auf durch Culturanlagen geschlossene Reviere. Vermöge seines Besitzes ist er daher auch nicht befugt, auf dem fremden Eigenthum vom Eigenthümer kraft dessen im Allgemeinen unbestreitbaren Rechts gemachte Culturanlagen, ohne Unterschied, ob sie erst angefangen oder schon vollendet sind, zu zerstören. Seuffert's Archiv IX. No. 135., dazu VII. No. 288., XI. No. 123.]

Zu 2) Diese Frage wird fast von allen Rechtslehrern bejaht, insofern nicht der Weideberechtigte ein Verbietungsrecht erworben hat. In der Regel wird nämlich keine Brache zum Vortheil des herrschenden Gutes vermuthet und Niemand zum Vortheil des Weideberechtigten schuldig erachtet, Brachfelder zu halten, wenn ihn nicht Gesetz, Vertrag oder rechtliches Herkommen dazu verpflichten, Glück Thl. X. S. 170. 171. 177., Kaempffe Diss. de servitute pascendi ad agrorum praesertim desertorum culturam utiliter regunda. Vitemb. 1791. Cap. II. §. 4., Strampfer Hutrecht §. 20., Hagemann's Landwirthschaftsrecht §. 295., Hommel Rhaps. Obs. 34., Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 398. no. 2., Biener Opusc. academ. T. I. pag. 103. etc. [Ebenso ein Erk. des O.=A.=G. zu Cassel in Häuser's Annalen I. S. 626. und Seuffert's Archiv VIII. No. 234. in Verb. m. VI. No. 314.] Doch wollen Andere dem Grundeigenthümer die Besömmerung der Brache nur mäßig gestatten und die Brache nicht ganz aufheben lassen, Gebr. Overbeck Meditationen Bd. IV. no. 229., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Bd. IV. S. 290. Schon nach dem Princip der serv. necessaria ist es unstreitig, daß im Brachjahr einer Flur dem Hutberechtigten der Weg zu den Brachfeldern nicht durch Anbau versperrt werden dürfe. „Die Trift darf nicht versäet werden", Biener l. c. pag. 109. etc.;

Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 400. no. 4. Endlich darf man wohl als allgemeines Princip geltend machen, daß in Fällen, wo die Cultur und die Servitut durchaus nicht mit einander bestehen können, so daß die Ausübung der einen die Ausübung der andern gänzlich ausschließen würde, der Servitutberechtigte nachstehen müsse, jedoch nur gegen Entschädigung, Scholz Schäfereir. §. 104. c. Für schiedsrichterliches Amt hierbei gewährt eine Analogie l. 22. §. 2. D. 7. 8. — l. 13. §. 3. D. 8. 3.

Zu 3) Allemal versteht sich von selbst, daß die Weideberechtigung nicht über den eigenen Bedarf des herrschenden Guts ausgedehnt werden darf.*) Aber auch davon abgesehen, hält man hier nicht minder den Grundsatz fest: servitutibus civiliter utendum est, mit der Folge, daß der Weidedistrict nicht mit allzuvielem Vieh, und nicht in dem Maße beschwert werden darf, daß der Grundeigenthümer dadurch gehindert würde, seine Ländereien wirthschaftsmäßig zu benutzen, Leyser Sp. 108. Med. 7., Voet Comm. ad Pand. Lib. VIII. tit. 3. §. 10., Hellfeld Jurispr. for. §. 678., Glück Thl. X. §. 679. S. 172., Seuffert und Glück's Blätter für Rechtsanw. Jahrg. 1843. no. 9. S. 156.

Zu 4) Man muß bei Beantwortung dieser Frage auf den rechtlichen Entstehungsgrund des fraglichen Hutrechts zurückgehen. Dasselbe kann

a) bei der Hut auf Gemeingründen aus der Eigenschaft eines Gemeindegliedes entspringen, oder
b) als gegenseitiges gemeinschaftliches Behutungsrecht der in der Gemeindeflur liegenden Privatäcker und Wiesen, als mutua servitus (jus compascui, vulgo gemeine Hut und Weide) oder
c) als Realrecht auf fremdem Grund und Boden constituirt seyn.

In allen diesen Fällen sind folgende Grundsätze unbestreitbar:

1) Das Hutrecht kann nicht ohne das herrschende Gut selbst verpachtet werden locare servitutem nemo potest, l. 44. D. 19. 2.
2) Jeder Berechtigte darf nur so viel Vieh zur Weide treiben, als mit dem ökonomischen Bedarf des Guts**) im

---

*) So ist auch bei einer ungemessenen Schäferei durch Landwirthschaftsverständige zu ermitteln, wie viel Stücke deren Besitzer mit eigenem, selbst gewonnenen Futter überwintern kann, v. Ende vermischte jurist. Abhandl. Thl. I. S. 123. Eben so bei dem Mitweiderecht überhaupt.

**) Schlachtvieh, Handelsvieh, oder welches zu einem andern Gewerbsbetrieb gebraucht wird, ist daher von der Weide ausgeschlossen, s. Pfeiffer neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. des O.-A.-G. zu Cassel Bd. I.

Verhältniß steht, nämlich als er mit eigenem Futter zu überwintern vermag. Da ist es denn übrigens gleichviel, ob das Vieh ihm eigen gehört, oder nur in Pacht genommen ist, s. Glück Thl. X. S. 173. Indistinct kann man daher nicht zustimmen, wenn Seuffert u. Glück in den Blättern f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 128. auf ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts in Bayern geradehin den Satz bauen: „daß der Weideberechtigte nur eigenes und kein gepachtetes Vieh zur Weide bringen dürfe." Wie oft ist es möglich, daß ein Weideberechtigter durch Viehfall und andere Unglücksfälle eine Zeit lang genöthigt sein kann, sich mit gepachtetem Vieh geraume Zeit zu behelfen. Daß es die größte Ungerechtigkeit wäre, ihn deshalb von der Weidebefugniß ganz oder theilweise auszuschließen, leuchtet eben so von selbst ein, als daß das allgemein angenommene Princip, welches wir vorhin angedeutet haben, allein auf Rationabilität Anspruch machen kann, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 117. §. 4., v. Beneckendorf Oecon. for. Bd. I. Kap. 1. §. 112., Gmelin u. Elsässer gemeinnützige jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Bd. III. §. 134. S. 213., Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. III. no. 3., Gesterding Ausbeute Thl. VI. Abthl. 1. S. 59. „Boves, per quos fundus colitur," sagt Ulpian in l. 3. pr. D. 8. 3. indistinct. In manchen Ländern ist es gesetzlich bestimmt, wie viel Schafe auf eine Hufe Landes gehalten werden dürfen, s. Herzogl. Sachsen-Altenburgische Landesordnung Thl. II. Kap. III. Tit. 20.

In dem zu a) bezeichneten Fall darf man nicht schlechthin behaupten: ein jedes Gemeindeglied habe volle Freiheit, seinen Gemeinnutzen nach Belieben entweder selbst zu beziehen oder zu verpachten, Jeder kann ihn nur mit dem Gut, für welches die universitas als moralische Person die Benutzung der Gemeinweide eingeräumt hat, verpachten, und der Pachter darf dann eben auch nicht mehr Vieh zur Weide treiben, als er aus den Erzeugnissen dieses Guts zu überwintern im Stande ist. Servitus ultra constitui non potest, quam quatenus ad fundum dominantem opus est, Leyser Sp. 107. Med. 1. Sp. 108. Med. 7., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. §. 282. S. 525.

S. 8. Unter dem ökonomischen Bedarf ist die höchstmögliche Benutzungsweise des Guts zu verstehen, l. 3. pr. D. 8. 3. Gesterding Ausbeute Thl. VI. Abth. 1. S. 65.

Der Gemeinnutzen ist nichts anders, als ein auf das Eigenthum der universitas als moralischer Person constituirtes Recht.

Zweifelhaft ist es gleichwohl, ob der Weideberechtigte nicht wenigstens dann fremdes Vieh mit aufnehmen darf, wenn er nicht so viel eigenes Vieh hält, als sein Oekonomiestand wirklich ertrüge. Die bejahende Meinung vertheidigt v. Bülow u. Hagemann in den prakt. Erörter. Bd. IV. S. 291., und insbesondere will man bei Schäfereien alsdann eine Ausnahme machen, wenn der Schäfereibesitzer die Gerechtigkeit wegen zu weiter Entfernung des Gutes mit eigenen Schafen nicht mit Vortheil betreiben könnte, besonders wenn er einen durch Unglücksfälle erlittenen Abgang an den eigenen Schafen einstweilen mit fremden ersetzen würde, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. II. no. 75. S. 285. Thl. IV. no. 117. §. 4. — Abgesehen von dem vorhin bemerkten Satz, daß die Ausübung der Servitut ebensowohl mit gepachtetem, als mit eigenem Vieh, wenn es zum Oekonomiebetrieb des berechtigten Guts nothwendig ist und aus den Gutserzeugnissen überwintert werden kann, stattfindet, kann eine Befugniß, fremdes Vieh mit unter das eigene aufzunehmen, durchaus nicht mit den allgemeinen Grundsätzen über Servituten in Einklang gebracht werden, s. Gabke Grunds. des Dorf- und Bauernrechts §. 489. u. 495., Strampfer Hutrecht §. 36. In dem Fall zu a) würde besonders die Affirmative zu Unordnungen führen, vielmehr wird zufällige Vermehrung oder Verminderung des Viehstandes einzelner Gemeindeglieder sich gegenseitig ausgleichen. In den Fällen zu b) u. c) würde man durch Zulassung von fremdem Vieh, namentlich der Kostschafe, immer in Widerspruch mit der Natur einer Realservitut gerathen, welche sich nicht in ein persönliches Recht umwandeln läßt. Es ist deshalb wohl richtiger, das fremde Vieh, z. B. die Kostschafe, von der Weideservitut auszuschließen, s. Münter von der Koppelweide in Hagemann u. Günther's Archiv Thl. IV. S. 18., Hellfeld Jurispr. forens. §. 679., Stryck Us. mod. Pand. Lib. VIII. Tit. 3. §. 11. u. 12., Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. III. S. 55.

Eine andere Beschaffenheit mag es indessen mit den gutsherrlichen Schäfereien haben, welche als ein deutsches Grundrecht zu betrachten sind, Struben rechtl. Bedenken Bd. I. no. 122., Hofacker Princ. jur. civ. §. 1092. no. 4., doch nur insofern, als die Grundstücke im Obereigenthum des Schäfereibesitzers sich befinden; denn außerdem sind sie auch nur als Servituten anzusehen, Klein merkw. Rechtssprüche Bd. III. S. 62.

Man trifft auch zuweilen Schäfereien in Deutschland als lehnherrlich verliehene Gerechtsame ohne Verbindung mit Gütern an, als eine servitus anomala s. personalis, s. Klein a. a. O. S. 66., Horn Jurispr. feudal. Cap. VII. §. 21., obwohl nach l. 4. D. 8. 3. im Zweifel eine serv. praedialis zu vermuthen ist, Runde Handb. des deutsch. Privatr. §. 283., Danz zu Runde §. 273. 282 ꝛc.

Zu 5) Nach l. 3. D. 8. 3. ist nur das im Gutsinventar begriffene Vieh als accessorium praedii dominantis in dem Recht der Prädialservitut begriffen. Rücksichtlich des Meng- und Setzviehes aber ist angenommen, daß es zum heilsamen Betrieb der Schäferei nothwendig zuzulassen sey, mithin kann dasselbe auch nicht als widerrechtliche Ausdehnung der Schäfereigerechtigkeit betrachtet werden; denn auch das Mengvieh wird ja auf dem praedium dominans durchwintert, Klein merkw. Rechtssprüche Bd. III. S. 74.*)

*) Zur Erläuterung dieser Materie ist Folgendes zu bemerken: Die meisten Schäfereien besitzen solche Personen, welche nicht selbst Schäfer sind, und ihr beträchtliches Capital liegt in den Händen eines Schäfers, von dessen mehr oder weniger umfänglicher Sachkenntniß, Erfahrung und Sorgfalt das Gedeihen oder der Ruin der Schäferei abhängt. Der Schäfer ist eigentlich der arte peritus. Die locatio conductio operarum zwischen ihm und dem Schäfereiherrn erfordert es daher, daß der opilio locator operarum möglichst in das Interesse des conductor operarum gezogen werde, und hierzu ist nichts geschickter als der Setzcontract; denn nun treffen die guten oder schlimmen Folgen der Behandlung seine eigenen Schafe mit, welche er bei dem Antritt seines Dienstes als Gemenge einbringt, Klein a. a. O.

Der Mengecontract kann doppelter Art seyn:

a) der Schäfer bringt in Natur einen Stamm Schafe (Knechtvieh) mit, welche unter die Schafheerde des Herrn eingemengt werden und an der Stallung, Weide, Fütterung ꝛc. Theil nehmen, s. Germershausen Schafzucht, bearbeitet von Pohl. Thl. I. S. 455. (Ed. 3.), Weber Handb. der Viehzucht Bd. II. S. 295. Nur zu den außerordentlichen Ausgaben pflegt da der Mengeschäfer beizutragen. — Da jedoch auf diese Weise schlechteres Vieh unter die Heerde gebracht werden könnte, so finden wir die Naturaleinmengung häufig verworfen, daher pflegt

b) die Setzschäferei den Vorzug zu erlangen, wobei der Mengeschäfer eine Quote der Heerde, z. B. $1/10$ nach einem gewissen Conventionalpreis bezahlt. Nehmen also z. B. die beiderseitigen Interessenten den Werth von 500 Stück sämmtlicher Schafe zu 2000 Thlr. (mithin das Stück zu 4 Thlr.) an, so zahlt der auf das Gemenge gesetzte Schäfer dem Eigenthümer der Schäferei 200 Thlr. als $1/10$ von jedem Totalbetrag der 2000 Thlr. ein. Letzterer behält solche unzinsbar bis zum Abgang des Schäfers (Schafmeisters) an sich, zugleich als Caution; der Schäfer trägt, nach Verhältniß des eingemengten Antheils (z. B. nach $1/10$), Verlust und Gewinn, bezieht also jährlich seinen Antheil von der Wolle,

Zu 6) Einige wollen die Lämmer schlechterdings, auch während der Säugezeit, von der Weide ausschließen, Andere streiten über die Zeit, wie lange der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks sie ungezählt auf der Weide zu dulden schuldig sey? Die richtigste Meinung scheint diejenige zu seyn, daß der Grundeigenthümer die Lämmer nicht länger, als bis zur Absetzzeit, welche zwischen Pfingsten und dem Johannistage eintritt, ungezählt auf der Weide zu dulden schuldig sey, s. Glück Thl. X. §. 679. S. 179., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. S. 274.

Durch Hutrecesse und Observanz ist öfters bestimmt, daß die Lämmer ein ganzes Jahr, wie Leyser Sp. 108. Med. 11. Corr. 1. sogar als allgemeine Regel angibt, cf. l. 19. §. 7. D. 19. 2., bis zur ersten Schur neben der festgesetzten Zahl mit auf die Weide getrieben werden dürfen; s. dagegen Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 314., Runde Beitr. Bd. I. no. 10.

Zu 7) Das Pferchrecht ist nicht mit dem Schäfereirecht wesentlich verbunden, Stryck de jure cratium. Halae 1700. pag. 47., Gabke Grunds. des Dorfrecht §. 504. Am genauesten unterscheidet Scholz im Schäfereirecht §. 27—29.:

a) Schafhaltung, als reinen Ausfluß des Eigenthums oder dessen Benutzung, gleichviel ob man Bürger oder Bauer, Pächter oder Eigenthümer von Gründen sey;

b) Schäfereigerechtsame, wenn nämlich der Schafhaltende den Grund und Boden oder die Gerechtsame eines Dritten berührt, namentlich was die ausschließliche oder gemeinschaftliche Hutung und Ernährung der Schafe auf fremdem Grund und Boden von fremdem Futter*) betrifft;

c) Schäfereistabrecht, welches dann entsteht, wenn unter bloßen Schafhaltenden oder in Verbindung mit Schäfereigerecht-

---

dem Märzvieh ꝛc. Ein solcher Setzschäfer ist dem colonus partiarius der Römer vergleichbar. Der Schäfer bleibt Eigenthümer seines Einmengecapitals und hat im Concurs des Schäfereiherrn das Vindicationsrecht auf den eingemengten Theil der Schafe oder allenfalls des durch gerichtliche Subhastation der ganzen Heerde erzielten Erlöses, s. Reinhardt Ordnung der Gläubiger §. 40. u. 41., sowie er auch seinen Antheil an der Wolle nicht verlieren kann, wenn im Mengecontract ausgemacht ist, daß der Schäfer beim Verkauf der Wolle seinen Antheil erhalten soll. Gründlich ist diese Materie erörtert in Weiske Handbuch des allgem. deutschen Landwirthschaftsrechts §. 186. u. 187.

*) Es gibt Schäfereigerechtsame, welchen bald mit, bald ohne Weide im Winter Futter geliefert werden muß.

samen auf der einen Seite das Recht, auf der andern die Verbindlichkeit, die Schafe dritter Personen unter die Obhut des Hirten zu nehmen und von fremden Schafen Vortheil zu ziehen, besteht.

Da das Pferchrecht keine Beschwerde, sondern ein Vortheil für die Grundbesitzer ist, so haben diejenigen, welche die Schafhut auf ihren Aeckern leiden müssen, hin und wieder eine Pferchservitut*) hergebracht. Wer das Pferchrecht besitzt, hat auch die Befugniß, seine Schäferhütte oder den Schafkarren auf des Andern Grund und Boden zu stellen, Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 316. und in den prakt. Erörterungen Thl. VII. S. 43.

Zu 8) Die Bezeichnung des gutsherrlichen Sitzes zu A. ist vielmehr für das praedium dominans, als für Bezeichnung des in dieser Beziehung indifferenten Wohnorts zu interpretiren, mithin das Servitutrecht nicht auf andere Güter zu extendiren. In rebus dubiis, quod minimum est, sequamur, besonders da im Zweifel mehr für die Freiheit, als für die Servitut, und bei dieser für die mindeste Belastung zu präsumiren ist, l. 20. D. 50. 17. — l. 29. D. 8. 3. Leyser Sp. 16. Med. 1. no. 2. Sp. 108. Med. 7. — Die Meinung einiger bei Glück Thl. X. S. 52. angeführter Schriftsteller, besonders Hufeland Pand.=Compendium §. 290. und Westphal de libert. et servit. praed. §. 524. etc., daß die Servitut auch auf einem andern Gute ausgeübt werden könne, wenn dem Eigenthümer des dienstbaren Guts kein Nachtheil daraus erwachse, widerlegt Thibaut Versuche Bd. I. S. 11. Selbst eine ausdrückliche Verabredung, und um so mehr eine stillschweigende Einwilligung würde nur eine persönliche Obligation erzeugen, mithin einen Singular=Successor nicht binden, Glück a. a. O. S. 53.

Zu 9) Wenn hier die Frage entsteht, ob die Zahl der Stichschafe nicht vermehrt werden dürfe, so wird mit Leyser Sp. 108. Med. 10. zu statuiren seyn, daß eine solche servitus indeterminata, nach dem jederzeitigen Bedürfniß der Metzgerzunft, für concedirt zu erachten sey.**) Analog spricht dafür l. 23. D. 8. 2., wonach die serv. ne

*) Wie man sie jedoch nur uneigentlich benennt, da es blos eine Viehbenutzung ist, und dem serviens keine bloße Beschwerde, sondern auch von Vortheil ist, s. Scholz a. a. O. §. 35., Hagemann a. a. O., Gabke Dorf- und Bauernrecht §. 504.

**) Der vermuthliche Wille der Constituenten dürfte jedoch insoweit als maßgebend gelten, daß, wenn durch außerordentliche, nicht vorherzusehende veränderte Umstände das Bedürfniß des berechtigten Subjects sich vergrößert

luminibus officiatur nicht allein von den zur Zeit der constituirten Dienstbarkeit bestehenden, sondern auch von künftigen Fenstern verstanden werden darf. Dem scheint auch nicht l. 22. D. 8. 3. entgegen zu stehen; dort wird nämlich bei einer, ohne nähere örtliche Bestimmung, über mein Landgut eingeräumten Wasserleitungsservitut angenommen, daß nur die zur Zeit der Constituirung mit Gebäuden, Bäumen und Weinpflanzungen besetzten Stellen als von der Dienstbarkeit ausgenommen angesehen werden. Daß hier auf die Zeit der Constituirung der Dienstbarkeit gesehen wird, hat offenbar einen ganz andern Grund.

Zu 10) Diese Frage ist in der Regel verneinend zu beantworten;*) s. Klein merkw. Rechtssprüche Bd. III. S. 81 ꝛc., Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 311., Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 117. §. 2.; daher da, wo die Dorfbewohner das Recht haben, Schafe auf die Weide zu bringen, der schäfereiberechtigte Gutsbesitzer seinen Schafstand so einrichten muß, daß den Schafen der Dorfgemeinde ihr Weidebedarf in der Ortsflur nicht entzogen wird, s. Hagemann a. a. O. §. 313., Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 117. §. 3., Seuffert Beiträge S. 104. lit. d. Man kann daher, in Ermangelung besonderer Landesgesetze, nicht wie v. Benekendorf Oecon. for. Lib. VIII. Cap. 12. §. 7. und v. Bülow Beiträge S. 75. will, behaupten, daß in Deutschland überhaupt die Schäfereien nur den Gutsherren auszuüben zustände, die Bauern aber vom Halten eigener Schafe auszuschließen seyen, so lange sie nicht eine landes- oder gutsherrliche Concession erlangt haben, Struben rechtl. Bedenken Thl. I. no. 122., Danz Handb. des Privatr. §. 254. u. 283., Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. III. S. 79., Scholz das Schäfereirecht §. 14., welcher auch das Recht, einen eigenen Hirten zu halten, jedem Schafhaltenden vindicirt, a. a. O. §. 31., wo nicht besondere Verordnungen entgegenstehen.

Zu 11) Hierüber sind die Meinungen verschieden. Man unterscheidet zunächst, ob die Servitut in Ansehung der Stückzahl des Viehes determinirt ist oder nicht. Im ersten Fall ist wohl allgemein angenommen, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks dem

---

hat, die Servitut nicht nachträglich so weit ausgedehnt werden dürfe, wie sie beim Daseyn dieser Umstände vom Anfang an hätte ausgeübt werden können, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 220.

*) Das preußische Landrecht Thl. I. Tit. 22. §. 146. nimmt jedoch die Schäfereigerechtigkeit dann für ein Regal oder für ein Vorrecht der Gutsherrschaften in der Regel an, wenn die Befugniß, Schafe auf der ganzen Feldmark zu hüten, besteht.

Servitutberechtigten im Collisionsfall weichen müsse, eatenus ab usu juris mei excludor, quatenus id alteri in meo concessi, Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 117. §. 3., Thibaut System §. 608. der älteren Ausgaben.*) Desto getheilter sind aber die Meinungen im zweiten Fall. Nach Einigen müßte der Servitutberechtigte zurückstehen, Stryck Us. mod. Lib. VIII. tit. 3. §. 15., de Selchow Elementa juris priv. Germ. hodierni §. 454., Hellfeld Jurispr. for. §. 679., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. VIII. tit. 3. §. 9., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1105. Andere statuiren umgekehrt, daß der Grundeigenthümer so lange zurückstehen müsse, als der Servitutberechtigte für diejenige Anzahl Viehes, welche er mit eigenem gewonnenen Futter auszuwintern vermag, nicht hinlänglich Weide findet, Danz Handbuch des deutsch. Privatrechts Thl. II. S. 527., v. Bülow u. Hagemann Thl. III. S. 300., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 301., v. Beneckendorf Oecon. for. T. I. Cap. 1. §. 110., Gmelin u. Elsässer gemeinnützige Beobachtungen u. Rechtsfälle Thl. III. S. 210. Eine dritte Meinung haben Seuffert Beiträge S. 103. no. 28. c. und Eichhorn deutsch. Privatr. §. 180. not. e., jedoch mit der Modification, daß Erhöhung des Viehstandes durch verbesserte Wirthschaft den Eigenthümer niemals zu einer Beschränkung der Servitut berechtige, ferner Hommel Rhaps. Vol I. Obs. 188. und Glück Thl. X. §. 680. S. 180. indem sie behaupten, daß diese Meinung in der Praxis fast durchgehends angenommen sey, nämlich, daß das Recht auf beiden Seiten gleich sey,**) mithin beide Theile ihre Heerden nach dem Urtheil der Oekonomie-

*) Die Frage: ob auch die Bestimmung der Anzahl des zur Weide gebrachten Viehes und hierdurch der Erwerb der Befugniß, die Mithut des Eigenthümers im Collisionsfall auszuschließen, durch Verjährung geschehen könne, wurde von d. O.-A.-G. zu München dahin entschieden, daß dieses nur dann und insoweit geschehen könne, als sich der Hutberechtigte einmal der Ausübung der Mithut widersetzte, und sich der Eigenthümer dabei die Verjährungszeit hindurch beruhigt hat, vergl. Kind Qu. for. T. II. c. 33. Wenn der Weideberechtigte den Eigenthümer von der Mithut ausschließen will, so ist die Nichtausübung des Letzteren kein zureichender Erwerbsgrund, sollte sie auch die Verjährungszeit umfassen; denn das Mithüten des Eigenthümers ist res merae facultatis, Glück Thl. X. S. 180., Kind Qu. for. T. II. c. 33., Erk. des O.-A.-G. zu Jena in Emminghaus Pand. S. 477. no. 12.

**) Man beruft sich dafür auf l. 6. C. 3. 34. und l. 13. §. 1. D. 8. 4.; allein in den beiden Stellen ist blos von einem Recht der Gewohnheit die Rede, welche vernünftiger Weise nicht anders ausgelegt werden konnte. Aber auf den Fall einer erworbenen Gerechtigkeit scheint dies nicht ausgedehnt werden zu können, s. Gesterding Ausbeute Thl. VI. Abthl. 1. S. 71.

verständigen verhältnißmäßig reduciren müßten. Manche Rechtslehrer machen noch einen Unterschied, je nachdem die Weideservitut durch Vertrag oder Verjährung erworben worden ist, und statuiren, daß im letzteren Fall der Eigenthümer zurückstehen müsse, weil er die Folgen seiner Nachlässigkeit zu tragen habe, im ersten Fall aber dem Eigenthümer die clausula rebus sic stantibus zu Statten komme, s. Münter Weiderecht §. 64. Strenge Consequenz führt uns wohl dahin, mit v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 340. not. 2. no. 4., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 343. (§. 64.), Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 3. th. 9. not. 5., Stryck Us. mod. Pand. Lib. VIII. tit. 3. §. 15., Kind Qu. for. T. I. cap. 48. dem Servitutberechtigten den Vorzug einzuräumen. Es scheint nämlich, wie schon Gmelin u. Elsässer in den gemeinnützigen Beobachtungen u. Rechtsfällen Thl. III. S. 210. bemerkt, ganz einerlei, ob bei Constituirung der Weideservitut der Viehstand determinirt worden ist, oder nicht: denn im letzteren Falle gilt die von dem Berechtigten aus eigenem Gutserzeugniß zu überwinternde Quantität des Viehes, und dieser freiwillig vom Constituenten der Servitut übernommenen Last kann sich derselbe ebensowenig, als der determinirten Servitut entschlagen. Auch kann hier das Princip: servitutibus civiliter utendum est, nichts entscheiden; denn die rechtliche Grenze des Servitutrechts erstreckt sich einmal bis auf den Umfang des Bedarfs des herrschenden Guts; der Berechtigte kann daher nicht verbunden seyn, etwas aufzugeben, um dem Verpflichteten das rechtlich begründete onus zu erleichtern. Eben so wenig kann die l. 13. §. 1. D. 8. 3. hieher gezogen werden; denn sie handelt nicht von einer wahren Servitut, sondern nur von einem durch Gewohnheit aufgekommenen Recht, daß aus einem gewissen Steinbruch ein Jeder, welcher will, gegen Erlegung eines Grundgeldes an den Eigenthümer Steine brechen dürfe. Jedoch wird man das vom Preußischen Landrecht Th. I. Tit. 22. §. 103. adoptirte Princip, welches Thibaut System §. 750. (Ed. 8.) auch als gemeinrechtlich vertheidigt, wenigstens der Billigkeit am gemäßesten finden, daß nämlich beide Theile ihre Heerden verhältnißmäßig zu reduciren verbunden seyen. Denn wenn gleich bei Constituirung der Dienstbarkeit dem Constituenten der ökonomische Bedarf des herrschenden Guts, als quantitative Norm, vorschweben mußte, so lag doch immer die stillschweigende Voraussetzung des eigenthümlichen Benutzungsrechts — weil dieses rechtlich durch die Servitut nicht ausgeschlossen ist — zum Grunde, und wenn durch Elementareinflüsse der Weideplatz die frühere Ergiebigkeit verloren hat,

so wird der Zufall nicht nur Einem von Beiden belastet werden können.

Zu 12) Insofern nicht durch Observanz oder Verjährung eine weitere Ausdehnung der berechtigten Vieharten begründet ist, begreift die Hut in der Regel nur alles Zug- und Hornvieh und Schafe. Hagemann Landwirthschaftsr. §. 297.

Zu 13) Er darf, wenn die Hutgerechtigkeit durch Verjährung erworben ist, dieselbe nur mit den Vieharten ausüben, welche seit rechtsverjährter Zeit auf die Weide gebracht worden sind;*) Glück Thl. X. S. 172., wovon jedoch das Preuß. Landr. Th. l. Tit. 22. §. 101—107. dann eine Ausnahme macht, wenn er durch Zufall oder vis major eine Zeitlang genöthigt war, eine andere statt der bisherigen Viehart zu halten. Immer aber muß er sich schädlicher Vieharten enthalten, wie denn z. B. Schweine wegen des Umwühlens und Gänse wegen ihres ätzenden Düngers auf den Wiesen nicht ge-

---

*) Zur Anschaulichmachung der hier vorgetragenen Sätze mag folgender Rechtsfall dienen: Die Schafhofbesitzer in N. hatten früher eine Schafhutgerechtigkeit auf der Flurmarkung H. Nachdem aber die Gemeinde H. dieselbe aufgelöst hatte, fiel es den 5 Großbegüterten der Gemeinde H. ein, eine gemeinschaftliche Schafheerde von 130 Stück zu halten, und damit in der Flurmarkung H. nicht nur ihre eigenen Grundstücke, sondern auch die Gemeindeänger zu behüten. Da nun aber den sämmtlichen Gemeindegliedern von H. das Hutrecht mit Rindvieh auf der Flurmarkung H. zustand, so erachteten diese sich hierdurch für beeinträchtigt, weil bekanntlich neben der Schafhut eine Rindviehhut nicht wohl bestehen kann. Die 5 Großbegüterten behaupteten dagegen, die Behütung ihrer eigenen Grundstücke und der Gemeindeänger sey ein Ausfluß ihres Eigenthums- resp. Miteigenthumsrechts, und sie siegten mit dieser Behauptung in zwei Instanzen: allein mit besserem Grund entschied die dritte Instanz gegen sie. Denn unbestritten war das Recht sämmtlicher Gemeindeglieder zu H., ihre eigenen Grundstücke in der Flurmarkung gegenseitig zur Rindviehhut zu benutzen. Bei einer solchen Rechtsgemeinschaft gilt der Grundsatz, daß kein Theilhaber ohne Zustimmung der Uebrigen in Bezug auf den Gegenstand der Gemeinschaft irgend etwas vornehmen darf, was dem anderen Mitberechtigten zum Nachtheil gereicht, l. 28. D. 10. 3. — l. 11. D. 8. 5. Allgemein anerkannt aber ist es, daß das Hüten mit einer Schafheerde auf Plätzen, wo Rindvieh gehütet wird, letzterer Hut zum großen Nachtheil gereicht. — Das gegenseitige Beweidungsrecht der Gemeindeglieder ist durch den ökonomischen Bedarf des berechtigten Gutes begrenzt. Etwas ganz Anderes ist aber ein Schäfereirecht, d. i. das Recht, Schafe zur Wollzucht zu halten. Eine Befugniß, neben der Koppelhut (jus compasculationis reciprocum) auf dem pflichtigen Lande eine Schäferei zu halten, läßt sich aus dem Eigenthume allein nicht rechtfertigen, sondern es müßte ein besonderes, das Rindviehhutrecht der Gemeindeglieder beschränkendes, Schäfereirecht erworben seyn, s. Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVII. S. 225.

duldet zu werden pflegen. Glück a. a. O., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. VIII. tit. 3. §. 10., Rüdiger allgemeine Staatslehre Th. II. S. 26., Weiske Handb. d. Landwirthschaftsr. §. 189. u. 192.

Zu 14) Ganz uneigentlich begreifen Manche auch das Mitweiderecht des Eigenthümers neben dem Servitutberechtigten unter der Benennung Koppelweide. Auch das Compascuum der Gemeindeglieder auf den Gemeindegründen darf durchaus nicht damit verwechselt werden, wenn gleich das Weiderecht von der universitas den Einzelnen nach Art einer Prädialservitut constituirt wird; denn solches besteht doch mehr in der Art einer Communion, und hat seinen Grund lediglich in der Gemeindeverfassung. Für den gewöhnlichen Begriff von Koppelhut bleiben dann noch folgende Fälle übrig:

a) Das jus compasculationis reciprocum als eine mutua servitus, wenn die Glieder einer Gemeinde sich auf ihren Privatgründen innerhalb der Ortsflur gegenseitig das Weiderecht einräumen, so daß die ganze Flur, in Beziehung auf das Weiderecht, nun wie ein Gemeindegut benutzt wird, oder auch wenn zwei Gemeinden sich gegenseitig das Weiderecht auf ihren Gemeindegründen einräumen;
b) wenn Mehreren das Hutungsrecht auf den Grundstücken eines Dritten zusteht, s. Eichhorn D. Privatr. §. 179.

Das vorbeschriebene jus compasculationis reciprocum der Dorfbewohner unter sich, welches aus der gemischten Lage ihrer Privatgründe fast nothwendig entstanden ist, weil selten Einer derselben seine eigenen Grundstücke zur Weide benutzen könnte, ohne das Grundstück des Nachbars zu berühren, wollen Viele nur als ein precarium gelten lassen, weil es blos in einer gegenseitigen Convenienz seinen Grund hat, welche nicht von unveränderlicher Natur ist; Denecken Dorf- und Landrecht Th. I. S. 193., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 3. §. 6., Danz Handb. d. D. Privatr. Bd. II. §. 283., Hommel Rsaps. Vol. I. Obs. 212., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1105., Münter Abh. v. d. Koppelweide §. 3. in Hagemann u. Günther's Archiv Th. IV. no. 2., und diese Meinung entspricht ohne Zweifel dem Römischen Recht; allein die große Verschiedenheit der deutschen Ackerwirthschaft von den dem R. R. zu Grunde liegenden Grundsätzen der Ackerökonomie, nach welchen das compascuum in agris als eine der Ackerwirthschaft schädliche Einrichtung betrachtet wurde, während sie bei uns häufig zur Nothwendigkeit geworden ist, macht eine vorsichtige Anwendung des R. R. nothwendig, s. Klein merkw.

Rechtssprüche Bd. I. S. 351. Es ist daher, wie Glück Thl. X. S. 186. bezeugt, in Praxi angenommen, daß Derjenige, welcher ein precarium behauptet, solches in diesem, wie in anderen Fällen beweisen müsse; s. auch Thibaut P.-R. §. 754. (Ed. 8.), Eichhorn D. Privatr. §. 179., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 303. Gründet sich dieses gegenseitige Weiderecht auf Vertrag oder Verjährung, so kann ohnedies nicht mehr von einem precären Recht die Rede seyn. Münter von der Koppelweide §. 3., Danz Handbuch d. D. Privatrechts Thl. II. §. 283., Glück Thl. X. S. 187., Leyser Sp. 108. Med. 11. Das Preuß. Landr. Th. I. Tit. 22. §. 135. hat im Wesentlichen dieselben Grundsätze angenommen, indem es statuirt: ein precarium sey nur dann anzunehmen, wenn die gegenseitige Behutung nicht regelmäßig und beständig, sondern nur zuweilen und bald auf diesen, bald auf jenen Stücken stattgefunden hat.

In der Regel kann daher ein solches wechselseitiges Hutrecht nicht einseitig aufgehoben werden, und der Grundsatz, daß Niemand in einer Gemeinschaft zu bleiben wider seinen Willen gezwungen werden könne, keine Anwendung auf die mutua servitus leiden, s. Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 299.

Die Koppelhutberechtigten müssen sich daher gegenseitig in der Art einschränken, daß Keiner solche Veränderungen und Umgestaltung des Grund und Bodens vornehmen darf, wodurch der rechtmäßige Gebrauch der Weideservitut aufgehoben, verhindert oder geschmälert würde. Ueberhaupt gelten alle von der Hut im Allgemeinen aufgestellten Grundsätze auch von der Koppelhut. Hagemann a. a. O. §. 303.

Bei der Koppelhut muß häufig das Recht, einen eigenen Hirten zu halten, besonders erworben werden. Sächs. Landr. Bd. II. Art. 54., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 299. Ueber Hute, Mithute, Koppelhute s. vorzüglich Scholz Schäfereirecht S. 39—42.; desgl. über Schafhirten, Setz- und Mengschäferei Weiske Landwirthschaftsr. §. 184. 186. Ueber den Nothweg zum Tränken der Schafe s. oben Kap. II. §. 3. Fr. 2. S. 134.

Zu 15) Jeder darf nur so viel Vieh zur Weide bringen, als er zu seiner Gutsökonomie braucht, nicht also Vieh, welches zum Handel bestimmt ist, oder Pferde, die Jemand als Frachtfuhrmann hält. — Der ökonomische Bedarf eines Gemeindegliedes ist nur aus dem Gute zu bestimmen, welches dasselbe eigenthümlich oder pachtweise in anderen Feldmarken besitzt, s. Hagemann a. a. O. S. 576.

Zu 16) Man pflegt die doppelte Breite eines Fahrwegs, mithin nach l. 23. D. 8. 3. etwa 16 Fuß anzunehmen. Sind aber die Heerden

groß, oder ist es der Fall, daß sie mit Fuhrwerk zusammentreffen können, so rechnet man 16 – 32 Fuß Breite und für große Schäfereien noch mehr. Hagemann a. a. O. §. 308.

Zu 17) Keineswegs; selbst nicht durch unvordenkliche Verjährung. Illa, quae naturaliter licent, per diuturnum non-usum illicita non fiunt. Leyser Sp. 108. Med. 4., Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VI. S. 75., Glück Thl. X. S. 181., Seuffert Beitr. S. 103.

Zu 18) An vielen Orten ist zwar der Anfang der offenen Zeit nach Kalendertagen bestimmt, aber auch da kann die Rücksicht auf den Einfluß der Witterung und auf die Eigenthümlichkeit der gebauten Fruchtart nicht absolut auf die Seite gesetzt werden. Dies aperit pastum, quatenus messis absoluta et perfecta est. Biener Opusc. academ. T. I. pag. 101. Ungebührliche Zögerungen müßte der Weideberechtigte mittels obrigkeitlicher Hilfe abstellen lassen. Die Beweidung der Wiesen und Felder kann daher immer erst nach abgeräumter Frucht stattfinden. Struben rechtl. Bed. Th. I. no. 165., Münter Weiderecht §. 63. u. 91., Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 123. Bd. II. S. 396., Glück Thl. X. S. 175. Doch ist Derjenige, welcher eine der Hut unterworfene, bisher einmädige Wiese zweimädig machen will, solches nur insoweit befugt, als er im Stande ist, die zweite Ernte vor dem Eintritt der durch Verordnungen und Herkommen bestimmten Hutzeit zu vollenden, Struben rechtl. Bd. Thl. IV. no. 153.

Wenn nun übrigens eine strenge Bindung an den Kalendertag dem Wieseneigenthümer und seiner eigenthümlichen Wiesenbenutzung nicht zum Abbruch und Nachtheil statuirt werden darf, so scheint umgekehrt solche Bindung auch nicht zum Nachtheil des Hutberechtigten statuirt werden zu dürfen. Indessen ist hier die Sache mehreren Zweifeln unterworfen; z. B. bei der Gemeinde A. besteht das Hutungsrecht auf den im Eigenthum einzelner Gemeindeglieder befindlichen Wiesen dergestalt, daß dessen Ausübung mit dem Sct. Gallustage beginnt. Mehrere Wieseneigenthümer hatten aber schon früher die Heu- und Grummeternte beendigt und hüteten nun bis zum Sct. Gallustag ihre eigenen Ochsen auf denselben; dies wollten nun diejenigen Gemeindeglieder, welche wenig oder keine eigenen Wiesen besitzen, nicht dulden, sondern traten klagbar auf, behauptend, daß jene ihre Wiesen ohne weitere Benutzung bis zum Gallustag zur Hut und Weide des Gemeindeviehes liegen lassen müßten. Sie stützten sich darauf:

1) daß die der Hut unterworfenen Wiesen keine andere Benutzung für den Eigenthümer zuließen, als daß er sein Heu und Grummet einernte; wenn er aber selbst die Behutung derselben als zulässig

erkenne, die gemeine Hut und Weide eintreten müsse, wobei er keinen Vorzug, sondern nur die Mithut habe, und

2) in seiner Eigenschaft als Gemeindeglied verbunden sey, sich den Dienstbarkeiten zu unterwerfen, welche die Gemeinde auf den Grundstücken ihrer Mitglieder zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes auszuüben habe, und welche durch das Herkommen bestimmt seyen, wonächst noch

3) in Betracht komme, daß zu keiner Zeit Jemand sein Vieh allein hüten könne, vielmehr solches polizeiwidrig sey.

In einem in Schmidt's hinterl. Abh. praktischer Rechts-Materien Th. II. S. 373. erzählten Rechtsfall findet man gleichwohl die Kläger unterliegend, und diese Entscheidung scheint sich durch das Princip der strengen Auslegung, welchem diese Servituten unterworfen sind, zu rechtfertigen. Ist demnach die Servitut in der Zeit beschränkt, so kommt es nicht so viel auf den Grund dieser Zeitbestimmung an, und der Servitutberechtigte kann, so lange sein Recht nicht beginnt, den Eigenthümer von keiner Art der Selbstbenutzung oder der Ausübung der Eigenthumsrechte ausschließen. Auch kann ihm bloße Unterlassung solcher Benutzungsart durch lange Zeit nicht schaden; Crell D. de fructibus pratorum ante tempus pascendi perceptis §. 3. pag. 19. Da dem Eigenthümer die Benutznng seiner Wiese bis zum bestimmten Tag der Eröffnung der Hut überhaupt freisteht, so ist darin auch jede Art und Weise der Benutzung seiner Frucht begriffen. Was übrigens das Einzelnhüten betrifft, so versteht es sich, daß er polizeilicher Anordnung hierin unterworfen ist.

Wer zur Stoppelhutung berechtigt ist, kann aber auch den Eigenthümer nicht hindern, das Stoppelfeld gleich nach der Ernte umzuackern, wenn er nicht einen besondern Rechtstitel hat; Biener l. c. pag. 103. u. 109., Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. II. S. 398. no. 2. Das Pflügen der Saatfurche ist als der Zeitpunkt der Ackerbestellung anzunehmen. Er kann auch ebensowenig dem serviens nach Eintritt der offenen Zeit die für die Cultur des nächsten Jahres zu treffenden Vorbereitungen, insbesondere das Umackern, Pflügen, Düngen und Besämen verwehren, Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. I. S. 123., Kind Qu. for. (Ed. 2.) T. II. Cap. 37: ne per servitutem commoditas et usus rei propriae domino adimatur, l. 13. in f. D. 8. 4.

Zu 19) Man muß hier auf das Princip zurückgehen, das schädliche Weide nicht zu dulden ist. Futterkräuter jeder Art, welche auf dem geackerten Felde aus Saamen erzielt werden, sind als Frucht zu

betrachten, so lange noch aus der geschehenen Bestellung eines Feldes Früchte zu erwarten sind, und diese gehören dem Eigenthümer. Neque enim vel Calendarium, vel dies tempus apertum facit, sed dominus praedii, qui fructus ex semine sparso ita percepit, ut ne alius inde speretur. Quamdiu igitur fructus ex semine sparso speratur, tamdiu ager pro clauso judicatur; Biener l. c. pag. 105. Wenn indessen der Eigenthümer selbst das Kleefeld zur Weide benutzt, so kann er freilich auch den Servitutberechtigten nicht davon abhalten; Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. II. S. 399. no. 3.; auch muß das Herkommen beachtet werden.

Zu 20) In der Weidegerechtigkeit ist zwar das Triftrecht nothwendig enthalten, letzteres kann aber auch allein bestellt werden, und unterscheidet sich dann von ersterer dadurch, daß beim bloßen Viehtrieb der Hirt auf fremdem Grundstück mit seiner Heerde weder halten, noch auf und nieder treiben darf, sondern die Trift in einem Zuge fort verrichten muß; Glück Thl. X. S. 169.

Zu 21) Das Herkommen wird hierüber zunächst entscheiden. Gewöhnlich wird der Pfarrer als Membrum, der Gutsherr als caput communitatis betrachtet; Cramer Wetzlarische Nebenstunden Thl. V. S. 121., Boehmer jus Paroch. Sect. II. Cap. I. §. 29., Leyser jus Georg. Lib. III. Cap. X. no. 8. In Ansehung des Gutsherrn als solchen aber ist es — ob er gleich die Gemeindeherrschaft hat — bestritten; Brunnemann ad l. 1 C. de pasc. publ. no. 3. u. 4.

Zu 21a) [Es thut dem Wesen der Servitut keinen Eintrag und hebt daher, wo es sich um Erwerbung derselben durch Verjährung handelt, die Gleichartigkeit der Besitzhandlungen nicht auf, wenn das auf dem herrschenden Grundstücke eingestellte und über das pflichtige Grundstück getriebene Vieh nicht das Eigenthum des Besitzers des herrschenden Grundstücks ist, sondern einem Fremden gehört; denn es ist dem dienenden Grundstück gegenüber gleichgiltig ob das zu haltende Vieh zur Zucht oder zum Schlachtvieh bestimmt ist, und ob der Besitzer des herrschenden Grundstücks das Schlachtvieh erst nach dessen Mästung veräußert oder fremdes Schlachtvieh zu sich in Stallung (Dünger!) und Fütterung nimmt. O.=A.=G. zu Dresden: Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XVII. S. 449. u. Seuffert's Archiv XII. No. 248.]

Zu 22) Der Stabführende hat gewöhnlich das Recht, zu verlangen, das von Seite der Zutreibenden nicht allein jedes Alleinhüten unterbleibt, sobald sein Hirt die Hute eröffnet, und so lange er sie

fortsetzt, sondern auch, daß die Zutreibenden in dem Theilen*) und Weiden der Haufen nur seinem Hirten folgen. Er hat das Recht, die bestimmten Vortheile, wohin namentlich und jetzt vorzüglich der Hürdenschlag ganz oder theilweise, oft auch die Milch- und Geldvergütungen gehören, sich zuzueignen. Dagegen liegt ihm aber in der Regel die Verbindlichkeit ob, auf das Hüten, Weiden und die Gesundheit des fremden Viehes dieselbe Sorgfalt zu wenden, als auf sein eigenes, also den durch Verwahrlosung entstandenen Schaden zu ersetzen. Er ist gewöhnlich verbunden, die zugetriebenen Schafe da weiden zu lassen, wo die seinigen weiden; er hat die hergebrachte wirthschaftliche Ordnung, z. B. Sonderung der Haufen, Begattung u. s. w. zu befolgen, und muß nicht allein die zur Begattung erforderlichen Böcke halten, sondern auch Hürden, Hunde und Schäferkarren, als Mittel zum Zweck; Scholz Schäfereirecht §. 35. Doch finden sich in einzelnen Ländern gar viele Abweichungen von dem, was hier als Regel angenommen ist; s. Hagemann Landwirthschaftsr. S. 594., Gabke, Dorf- und Bauernrecht §. 507. — mehrerer polizeilicher Reglementairbestimmungen nicht zu gedenken.

Zu 23) Der Schäfereiherr ist in der Regel zu Beidem berechtigt, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 117. §. 7. Aber zur Saathütung mit den Schafen bei gefrorener Saat ist derselbe auf fremden Aeckern nicht anders befugt, als wenn ihn Vertrag oder rechtsgültiges Herkommen dazu berechtigen, und auch in diesem Fall darf doch der jungen Saat kein Schade durch diese Behutung, z. B. durch das Auftreiben bei nasser Witterung, zugefügt werden; Kind Quaest. for. T. II. pag. 324., vergl. Preuß. allgem. Landr. Thl. I. Tit. 22. §. 165., Wunn und Weide, ein Versuch urkundlicher Forschung von Zeerleder v. Steinegg. Frauenfeld 1841.

Anmerkung. Von mehreren anderen Rusticalservituten, z. B. jus calcis coquendae, cretae eximendae, lapidis eximendi, arenae fodiendae sind keine besonderen Eigenthümlichkeiten zu bemerken. Die allgemeinen Grundsätze sind auch über sie entscheidend, sowie über andere nicht gerade mit technischen Ausdrücken bezeichnete Servituten, z. B. das Recht, Früchte auf dem Landgute des Nachbars einzusammeln und aufzubewahren; das Recht, bei Benutzung eines Steinbruchs Erde, Schutt (rudus) und Steinmassen auf das dienende Grundstück zu werfen, und

---

*) Das Theilen der Heerde in verschiedene Haufen ist im Allgemeinen dem Weideberechtigten nicht zu verwehren; v. Benekendorf Ausz. aus dessen Oecon. for. III. S. 984., Hagemann Landwirthsch. R. S. 342.

bis zur Fortschaffung da liegen zu lassen; das Recht, eine Hütte (tugurium) als Zufluchtsort bei der Ausübung der Hutungsgerechtigkeit oder Viehtränke auf dem dienenden Grundstück zu haben, l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. u. 2. l. 5. §. 1. l. 6. §. 1. D. 8. 3. u. dgl. m. Vergl. Elvers Servitutenlehre §. 44. S. 417 ff.

§. 115.

4. Servitutes praediorum urbanorum.*)

Nachdem von den gesetzlichen Beschränkungen des Baurechts bereits im Kap. II. §. 91. gehandelt worden ist, so ist hier

*) Die Fundamentalsätze der Servitutenlehre sind auch hier außer Streit. So z. B. daß in allen Fällen der Eigenthümer des herrschenden Guts die an dem Gegenstand der Servitut nöthigen Reparaturen zu bestreiten habe, l. 6. §. 2. D. 8. 5., so daß selbst eine entgegengesetzte Verabredung bei Constituirung der Servitut wenigstens den successor singularis nicht verbinden würde, weil aus Obligationen — auch wenn das pactum rücksichtlich eines gewissen Grundstücks eingegangen wurde, s. l. 81. §. 1. D. 18. 1. — l. 136. §. 1. D. 45. 1., immer nur eine persönliche Klage gegen den sich verpflichtenden, aber keine Realklage gegen jeden dritten Besitzer entspringt, l. 3. pr. D. 45. 1. Dagegen glaubte man zwar einen Widerspruch in der Bestimmung der Gesetze bei der serv. oneris ferendi, s. oben §. 111 zu Fr. 12., zu finden, nach welcher der Eigenthümer des dienenden Guts die dienende Mauer in ordentlichem baulichem Stand erhalten muß, und v. Buchholtz Versuche S. 51. glaubt, daß diese Verbindlichkeit sich nicht aus der Natur der Servitut, sondern nur ex pacto herleiten lasse. Allein die Verschiedenheit liegt hier nicht in den Rechtsgrundsätzen, sondern in dem Inhalt der Servitut, welcher dahin geht, daß der serviens eine zur Tragung meines Gebäudes taugliche Mauer prästirt. Ganz natürlich muß er also, wenn diese untauglich wird, die ursprüngliche Tüchtigkeit wieder herstellen, wie es die übliche Begründungsformel mit sich brachte: paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit. Immer unterhält aber der serviens nur seine eigenthümliche Mauer, wogegen der Eigenthümer des herrschenden Gebäudes dieses selbst stützen muß, wenn er es während einer Reparatur der dienenden Mauer nöthig findet; vergl. Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. XIV. S. 331., Elvers röm. Servitutenlehre S. 52. Der Inhalt dieser Servitut unterscheidet sich wesentlich von der serv. tigni immittendi, wo der serviens nur die tigna in seine Mauer einzulassen schuldig ist, während diese mit ihrer Last doch immer auf dem praedium dominans ruhen. Eine Nothwendigkeit, die dienende Mauer in ordentlichem Baustand zu erhalten, liegt daher hier nicht so wesentlich in dieser Servitut, daß selbst deren Bestehen dadurch bedingt wäre, wie bei der serv. oneris ferendi. — Eben so zeigt sich bei dieser eine wesentliche Verschiedenheit von der serv. viae. Wenn bei dieser die Reparatur des Weges nicht dem serviens, sondern dem dominans obliegt, so ist dies ganz natürlich. Der serviens hat nur den Grund

nur von solchen die Rede, welche durch Constituirung einer Servitut entstehen. Bemerkenswerth ist dabei die Erscheinung, daß in mehreren Gesetzen das Umgekehrte einer serv. praed. urban. wieder als Servitut hervortritt, z. B. neben dem jus altius non tollendi auch eine serv. oder jus altius tollendi, neben der serv. ne luminibus officiatur ein jus officiendi luminibus, und neben der serv. stillicidii avertendi ein jus stillicidii non avertendi. Ueber die verschiedenen Erklärungsarten ist vorzüglich zu vergleichen: v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 342. Anm. 3., Puchta Pand. §. 184. nebst der dort angeführten Literatur. [Dazu Elvers Servitutenlehre §. 39 u. Sintenis pr. gem. Civilr. I. §. 62. Anm. 19., Arndts Lehrbuch §. 185. Anm. 6. u. Windscheid Lehrbuch I. §. 211a. Anm. 11. —] Für die Anwendung der Gesetze, welche unsere Hauptaufgabe ist, beschäftigen uns zunächst folgende Fragen:

1) Worin besteht die servitus luminum?
2) Was begreift die servitus stillicidii seu fluminis recipiendi vel avertendi in sich?
3) Inwiefern ist die serv. cloacae in Ansehung ihres Gebrauchs eingeschränkt?
4) Kann der Inhaber der serv. oneris ferendi an einer mehreren gemeinschaftlichen Mauer die Eigenthümer derselben in solidum oder nur pro rata auf die nöthigen Reparaturen belangen?

---

und Boden in seinem Naturzustand prästirt, und dieser bleibt immer, er sei nun gut oder schlecht, wogegen der Bestand einer Mauer durch eine fortwährende conservative Thätigkeit eines sorgfältigen Hausvaters bedingt ist. Diese gehört zu den Lasten des Eigenthums, welche der Servitutberechtigte ihm nicht abzunehmen schuldig ist, wofern ihm nicht der serviens seine Mauer ganz überlassen will, was ihm allerdings frei steht, l. 6. §. 2. l. 8. §. 2. D. 8. 5.; s. Puchta Cursus der Institut. Bd. II. S. 742. not. e., Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. XIV. S. 321., Glück Thl. X. S. 22. [Ad. Schmidt in Bekker's Jahrbuch III. S. 258. Anm. 23. erklärt unter Hinweis darauf, daß die confessoria den Zusatz: jus Ao. Ao. esse cogere Num. Num. reficere parietem (v. Savigny Zeitschr. f. gesch. R.-W. XV. S. 157) erhalten konnte, die betreff. Modalität für eine Obligation, aber doch für „eine mit dem dinglichen Recht verbundene, demselben untergeordnete, völlig nebensächliche Obligation". So auch v. Vangerow Pand. I. §. 342. Anm. 2. u. Windscheid Lehrbuch I. §. 211a. Anm. 3. Vergl. auch Emmerich i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 19. S. 469. gegenüber Böcking Pand. II. S. 205., der am bestimmtesten verneint, daß in der Reparaturpflicht ein facere enthalten sei.]

4a) Wenn über die Art und Weise der Reparatur der dienenden Mauer Streit entsteht, wonach ist die Entscheidung zu bemessen?

5) Ist es bei einem in unbestimmter Art eingeräumten Tramrecht dem Servitutberechtigten erlaubt, mehrere Balken einzulegen als zuvor?

6) Wenn Jemand einen Erker oder dergleichen projectum nicht gegen das Nachbarhaus, sondern auf die Straße zu richtet, kann sich der Nachbar auch da beschweren?

6a) Ein projectum kann auch dadurch entstehen, daß die Hauswand meines Nachbars sich gesenkt hat, und nun in mein Grundstück sich herüber lehnt; — kann ich dann auch die Negatorienklage deshalb anstellen?

7) Darf Derjenige, welchem die servitus non altius tollendi auferlegt ist, Altane mit Bäumen und Gesträuchen über diese Höhe aufsetzen?

8) Das Erforderniß der Vicinität bei Servituten beruht hauptsächlich darauf, daß nichts dazwischen liegen darf, was die Ausübung der Servitut hindert; es kann daher die serv. altius non tollendi auch gegen einen entfernteren Nachbar Platz greifen, wenn das Haus des dazwischen liegenden Nachbars niedriger ist; sie muß aber aufhören, wenn dieser sein Haus höher baut, als ihm, wenn ihm keine Servitut auferlegt ist, freisteht; wie aber, wenn er sein Haus abträgt oder erniedrigt, wacht dann die gegen den entfernteren Nachbar mir zuständige Servitut wieder auf?

9) Welche Verbindlichkeiten fließen aus der serv. stillicidii sowohl für den Servitutberechtigten als für den Verpflichteten?

10) Der serv. ne luminibus officiatur wird nicht nur durch Setzung und Erhöhung eines Gebäudes, sondern auch durch Setzung von Bäumen widerrechtlich entgegengehandelt werden,*) im letzteren Fall besonders dann, wenn auch nicht gerade das Licht, wohl aber der Sonnenschein einem Platz entzogen wird, welchem er nöthig und nützlich ist, wie einem Gewächshaus oder einem Heliocaminus (Sonnen-

*) Noch weiter geht die serv. prospectus, et ne prospectui officiatur, indem sie den Inhaber des dienenden Grundstücks nicht allein am Höherbauen, sondern auch an der Vornahme anderer Handlungen verhindert, durch welche die Aussicht geschmälert wird.

ofen) d. i. einem Ort, der zur Winterszeit blos durch die Sonne geheizt wird, oder einem Solarium, d. i. einem Altan, wo man sich zu sonnen pflegt, und welcher so angelegt ist, daß die Sonne ihn bescheinen muß, indem auch die Sonnenuhr (Solarium) da angebracht war; l. 17. pr. D. 8. 2. — Glück Thl. X. S. 120. Kann mir aber Abtragung oder Erniedrigung eines Gebäudes aus dem Grunde dieser Servitut verwehrt werden?

11) Ist durch die serv. ne luminibus officiatur dem Nachbar nur das Verbauen der zur Zeit der Servitut-Einrichtung bestehenden, oder auch der künftig erst etwa einzurichtenden Lichtöffnungen benommen?

11a) Durch ein aufgerichtetes Gebäude usucapire ich ohne Zweifel die Freiheit von einer Servitut des Höherbauens oder der serv. ne luminibus officiatur; wenn ich aber an der Stelle des Gebäudes einen Baum setze, werde ich auch dadurch usucapio libertatis bewirken?

12) Inwiefern können in Deutschland andere als die bisher vorgetragenen Grundsätze rücksichtlich der serv. luminum, in Folge des deutschen statutarischen Licht- und Fensterrechts, gelten?

13) Kann für eine Windmühle daraus, daß die Nachbarn der Anlegung derselben nicht widersprochen haben, wohl gar selbst bei ihr mahlen lassen, eine serv. ne ventus excludatur, mithin ein Widerspruchsrecht des Müllers gegen Entziehung des Mahlwindes begründet werden?

Zu 1) In dem Recht, in einer fremden oder gemeinschaftlichen Wand Fenster oder Oeffnungen für Licht und Aussicht anlegen zu dürfen; l. 4. l. 40. D. 8. 2. — l. 8. C. 3. 34. Dahin geht wenigstens die gewöhnliche Erklärung, welche auch in der Praxis des ehemaligen Reichskammergerichts eine Bestätigung findet; s. Cramer Wetzlar. Nebenstunden Thl. XXXV. no. 13., auch Dec. superior. tribun. Hassocassel. T. II. Dec. 186. no. 6. Die vollständigste Zusammenstellung der Ansichten über serv. luminum oder ut vicinus lumina nostra excipiat, l. 4. D. 8. 2. unter kritischer Beleuchtung derselben s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 342. not. 1. no. 3., Glück Thl. X. §. 670., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 325. u. 329. vergl. auch oben Kap. 11. §. 9. Fr. 15. u. 16.

Zu 2) Diese ist vordersamst nicht zu verwechseln mit dem Traufrecht oder der Trüpfe, welches auf der — den Gegenbeweis jedoch nicht ausschließenden — Vermuthung beruht, daß bei Erbauung eines Hauses in der Breite des Trüpfraums von der Grenze des eigenen Grundes zurückgerückt worden sey, mithin die Traufe noch auf diesen falle, womit auch der ambitus zusammenhängt, sowie die im Gewohnheitsrecht begründete Verbindlichkeit des Hauseigenthümers zur Pflasterung innerhalb des Trüpfraumes, s. Weiske skeptisch prakt. Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände S. 95. not. 2., de Monte Tr. de finibus pag. 15. Norimb. 1710. Die serv. stillicidii wird zwar auf verschiedene Art erklärt; vergl. Höpfner Institt.-Commentar §. 360. und dagegen Schweppe röm. Privatr. Bd. II §. 290. a. E., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. §. 281., Hugo Rechtsgesch. S. 503., v. Löhr Magazin f. Rechtsw. Bd. III. S. 126., Mackeldey Lehrb. §. 289., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 149. (§. 84.). Die natürlichste Erklärung scheint jedoch diese zu seyn: jus stillicidii immittendi vel avertendi ist das Recht, die Dachtraufe von meinem Hause auf das Grundstück des Nachbars, der sie aufnehmen muß, abzuleiten, mithin von meinem Grunde abzuwenden; das jus stillicidii non avertendi das Recht, vom Eigenthümer des dienenden Guts zu verlangen, daß nicht er selbst das Regenwasser auffange, sondern es vom Berechtigten auf dessen Grundstück herüberleiten lasse; §. 1. J. 2. 3. — l. 2. D. 8. 2., Schilling Lehrb. f. Institt. rc. Bd. II. §. 190.

Zu 3) Der Servitutberechtigte ist hier zum Unterschied von der serv. latrinae nicht berechtigt, Urin und andere übelriechende Dinge, sondern nur Spül- und Waschwasser durch den Canal, welchen der Nachbar auf seinem Grundstück dulden muß, abzuführen; l. 1. §. 3. u. 5. D. 43. 23. — l. 7. D. 8. 1., Schröter vermischte juristische Abh. Bd. l. S. 474., Glück Thl. X. S. 131. Dem Eigenthümer des Canals liegt natürlich dessen Unterhaltung ob, s. Glück a. a. O.

Zu 4) Nach dem Princip der Untheilbarkeit der Servituten sollte man hier eine solidarische Verbindlichkeit annehmen dürfen, allein l. 6. §. 4. D. 8. 5. gewährt die Klage gegen die mehreren Eigenthümer doch nur pro rata. Mühlenbruch im civil. Archiv. XIV. S. 321. findet hier eine Verschmelzung des Servitutrechts mit dem Nachbarrecht, welches allenfalls auch zur cautio damni infecti gegen den Eigenthümer der baufälligen Mauer berechtigen würde.

Zu 4a) Im Mangel eines Vertrags entscheidet die Art und

Weise, wie die Mauer zu der Zeit beschaffen war, da die Servitut constituirt wurde; l. 6. §. 5. D. 8. 5., Glück Thl. X. S. 72. not. 60.

Zu 5) Voet in Comm. ad Pand. Lib. 8. tit. 1. §. 2. bejaht zwar diese Frage, und l. 11. pr. D. 8. 6. scheint auch nicht entgegenzustehen, da sie ein bestimmtes Tramrecht vorauszusetzen scheint, um den Grundsatz anwendbar zu machen: non conceditur plus, quam pactum est, in servitute habere, indessen verweist l. 14. pr. D. 8. 5. doch wohl auf den status quo, weshalb Glück Thl. X. S. 74. verneinend entscheidet.

Zu 6) Man pflegt jedem Glied der Commune, welchem daran liegt, ein jus contradicendi einzuräumen, nach l. 1. D. ne quid in loco publico (43. 8.), Leyser Sp. 501. §. 1., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. L. 43. tit. 8. §. 2.

Zu 6a) In l. 17. pr. D 8. 5. ist diese Frage bejahend dahin entschieden: si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret: ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet, jus non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se

Zu 7) Dieses würde nur dann in Betracht kommen, wenn der Nachbar eine serv. ne prospectui officiatur erworben hätte, l. 17. D. 8. 2. Durch die serv. altius non tollendi aber kann es nicht verhindert werden, l. 12. D. 8. 2.

Zu 8) Allerdings, wenn nicht inzwischen die Servitut durch Verjährung erloschen ist; l. 4. §. 8. l. 5. l. 6. pr. D. 8. 5., Glück Thl. X. S. 30.

Zu 9) Der Verpflichtete darf den Platz, auf welchen das Wasser den Abfall hat, nicht dergestalt überbauen, daß der Abfluß dadurch gehindert würde, daher auch nicht sein Gebäude erhöhen, wenn in Folge dieser Erhöhung die Traufe nicht mehr darauf fallen könnte. Der Berechtigte darf aber auch nichts vornehmen, wodurch jenem der Tropfenfall beschwerlicher gemacht würde. Er darf daher das Gefälle zwar erhöhen, aber nicht erniedrigen, indem dadurch der Abfluß stärker würde. Er darf auch die Traufe zwar weiter einwärts in des Nachbars Grundstück hineinrücken, so daß die Traufe oder Rinne (stillicidium s. flumen) nun an einen andern Ort fiele, wo sie dem Nachbar beschwerlicher würde; l. 20. §. 3. u. 5. l. 21. D. 8. 2.

Zu 10) Die l. 17. §. 2. D. 8. 2. statuirt die Bejahung dieser Frage, wenn ich durch das Gebäude, welches mein Nachbar erniedrigen oder abtragen will, das Licht durch Refraction oder Zurückprallen der Sonnenstrahlen erhalte.

Zu 11) Nach l. 23. D. 8. 2. gilt die Servitut, wenn sie aus=

drücklich in der Art bestellt ist: lumina, quae nunc sunt, ut ita sint, nur für die zur Zeit der Servitut-Errichtung bereits bestehenden, außerdem aber auch für künftige Lichtöffnungen; humanius est, verbo generali omne lumen significari, sive quod in praesenti, sive quod post tempus conventionis contigerit.

Zu 11a) Nach l. 7. D. 8. 2. ist dies zu verneinen, weil der Baum wegen seiner natürlichen Beweglichkeit nicht einer Wand gleich zu achten ist.

Zu 12) Wenn gleich die Anwendung der römischen Gesetze zu Gunsten der Baufreiheit, s. l. 9. l. 10. l. 15. l. 40. D. 8. 2. — l. 6. pr. D. 8. 5. — l. 30. D. 7. 1. — l. 8. C. 3. 34., wegen deren verschiedener Auslegung Schwierigkeiten hat (s. oben Kap. II. §. 91. Fr. 16.), so scheint es doch sehr mißlich, gegen dieselben mit Maurenbrecher Lehrb. des gemeinen deutschen Rechts Thl. I. §. 198. die deutschrechtlichen Beschränkungen der Baufreiheit als gemeinrechtl. geltend zu machen, da doch nur einzelne Particulargesetze, besonders städtische Polizeigesetze dafür angeführt werden können; s. Eichhorn D. Privatr. §. 183., Phillips Grundsätze des gem. D. Privatr. Thl. I. §. 9., Mittermaier Deut. Privatr. I. §. 67. No. 9., Beseler System II. S. 106 ff. Wo daher solche Statuten oder kundige Observanzen nicht vorliegen, würde wohl das röm. Recht, als gemeines Recht, um so mehr in Kraft bleiben müssen, als es die natürliche Freiheit schützt; s. Runde deutsch. Privatr. §. 284 a., Danz zu Runde Bd. II. S. 553., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 185., Walch Introduct. in controv. jur. civ. Sect. II. Cap. 3. §. 24., Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. IV. S. 10. und VII. No. 10. Dazu Seuffert's Archiv II. No. 139. VI. No. 15. und XIV. No. 13. Wohl könnte selbst aus den spätern kaiserlichen Verordnungen ein ähnliches Licht- und Fensterrecht geschöpft werden, indem die l. 12. C. de aedif. priv. (8. 10.) die Baufreiheit mehrfach beschränkt, insbesondere dahin, daß bei Ausbesserung bereits bestehender Gebäude die alten Maaße nicht überschritten werden sollen, damit durch den Bau nicht dem Nachbar die Hellung und die Aussicht wider die ältern Vorschriften benommen werde, ferner daß durch neu aufzuführende Gebäude dem Nachbar nicht die freie Aussicht auf das Meer entzogen werden darf; daß ein altes Gebäude, wenn es weniger als 12 Fuß vom Nachbarhaus entfernt ist, nicht erhöhet, und wenn der Zwischenraum weniger als 10 Fuß beträgt, kein Fenster hineingerichtet werden darf, wenigstens nicht zur Aussicht, und, wenn allenfalls zur Hellung, nicht anders als in der Höhe von 6 Fuß über dem Boden. Da aber

diese l. 12. C. 8. 10. nicht glossirt ist, so kann sie nicht auf Geltung Anspruch machen, wenn sie nicht gleichwohl in den usus fori übergegangen ist, was nach Pfeiffer's Ausführungen aus der Sammlung von Decisionen des Churhessischen Oberappellationsgerichts und Eckhardi hermeneutica juris dort allerdings der Fall ist. Factum est, ut non raro secundum lectionem a Cujacio vel Contio restitutam in judiciis pronunciatum sit, atque ita forensis auctoritas tributa; Pfeiffers prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 12.

Zu 13) Nein; zur Begründung einer Servitut gegen die Nachbarn wäre ein vom Müller gegen die Neuanlage erhobener Widerspruch und die Beruhigung des Baulustigen hierbei durch rechtsverjährte Zeit erforderlich. Jedoch ist in manchen Ländern, z. B. in Preußen, gesetzliche Vorsehung dieserhalb getroffen, daß neue Windmühlen nur in solcher Entfernung angelegt werden dürfen, daß dadurch die schon bestehenden keinen Verlust an Mahlwind erleiden. Diese Entfernung ist die zwölffache Breite des Windfangs der bestehenden Mühle; s. K. Ministerial-Reskript vom 17. Mai 1822 in v. Kamptz Annalen Bd. VI. S. 422.

---

§. 116.

5. Personal-Servituten.

Ususfructus und usus.

Von der serv. usus und ususfructus, welche Art des Nutznießungsrechts sich von dem eigenthümlichen und emphyteutischen Nutzungsbezug und mehreren Arten der deutschen Colonatrechte vorzüglich durch die Beschränktheit auf eine bestimmte Person und ihre Lebensdauer unterscheidet, handeln Inst. II. 4. u. 5. Dig. VII. 1—6. u. 9. XXXIII. 2. Cod. III. 33.

1) Worin bestehen die wesentlichen Verschiedenheiten zwischen den Real- und Personal-Servituten in Rücksicht auf Sub- und Object, und sonstige Beschaffenheit?
2) Wie ist usus und ususfructus im Wesentlichen verschieden?
3) Was ist darin begriffen, wenn ein ususfructus omnium seu partis bonorum verliehen worden ist?*)

*) Ueber das Accrescenzrecht beim Legat eines Nießbrauchs wird im Erbrecht gehandelt werden. Vergl. übrigens Glück Thl. IX. S. 263. §. 637 a. Vom Unterschied zwischen dem römisch-rechtl. Usufruct u. der deutschen Leib-

4) Die Grenzen des ususfructus sind zwar in den Gesetzen durch allgemeine Grundsätze bezeichnet, z. B. boni viri arbitratu uti frui debet; causam proprietatis deteriorem facere non debet; l. 9. pr. l. 13. pr. §. 4. l. 15. §. 4. D. 7. 1. Indessen finden sich in der Anwendung dieser Grundsätze, besonders bei den verschiedenen Arten möglicher Benutzung der Gebäude, Landgüter und einzelnen Grundstücke für Ertrag oder auch Annehmlichkeit manche Schwierigkeiten. Es fragt sich daher:
   a) was für eine Norm hat der Usufructuar eines Gebäudes hauptsächlich zu beobachten?
   b) der Usufructuar einer Waldung?
   c) der Nutznießer eines Landguts?

5) Wenn Einem der fundus, einem Andern aber der ususfructus legirt ist, und Derjenige, welchem der Nießbrauch vermacht war, ausfällt; erlangt dann der Andere den vacanten Nießbrauch durch Consolidation oder durch Accrescenzrecht?

6) Wenn mir Jemand den ususfructus von seinem ganzen Vermögen verschafft hat, was indessen nur unbeschadet des Pflichttheils der Notherben und der dem Erben gebührenden falcidischen Quart geschehen kann, s. Nov. 18. cap. 3. (durch welche, wie Glück Thl. IX. S. 180. not. 11. bemerkt, der l. 37. D. 33. 2. und der l. 18. in f. C. 5. 62. derogirt ist, s. auch l. 29. D. 7. 1.): kann ich dann auch von dem später vom Testator erworbenen oder nur von dem Vermögen, welches er zur Zeit des errichteten Testaments besessen hat, den ususfructus in Anspruch nehmen?

7) Wenn der Nießbrauch eines Landguts vermacht ist, sind dann die Oekonomie- und Hausinventarienstücke auch ohne besondere Erwähnung für inbegriffen zu erachten?

7 a) Kann der Nießbraucher des Landguts auch die demselben zustehenden Servituten einklagen?

8) Wann werden die natürlichen Früchte dem Usufructuar erworben?

---

zucht s. Flach Entscheidungen Thl. I. S. 61. Bei dem legato ususfructus erhält der Usufructuar stets die zu nutznießende Sache aus den Händen des Eigenthumserben; der die Leibzucht ausübende überlebende Ehegatte usufruirt aber vermöge des Gesetzes, welches ihm den lebenslänglichen Besitz und Genuß alles vom erst verstorbenen Ehegatten verlassenen Vermögens gewährt. [Ueber die Leibzucht vergl. unten Bd. III. Oblig.-R., besondrer Theil, Kap. IX. unter h.]

9) Wenn der Usufructuar die Sache vermiethet oder verpachtet hat, wie weit gehören ihm, oder in wie weit gehören dem Proprietar die Pachtgelder?

10) Was ist Rechtens in Ansehung der andern Civilfrüchte, welche nicht blos Surrogate der natürlichen Früchte sind, z. B. Gülten, Zehnten *) u. dgl. Grundgefälle, oder auch der Zinsen aus Capitalien?

11) Eine wesentliche Obliegenheit des Usufructuars, dem Proprietar gegenüber, ist zwar begreiflicher Weise die Cautionsleistung, vor deren Bestellung gar nicht auf Einräumung des versprochenen oder vermachten usus fructus geklagt werden kann, l. 13. pr. D. 7. 1.; wenn aber die Caution dem Usufructuar im Testament ausdrücklich erlassen wurde, ist dann der Erbe durchaus nicht berechtigt, eine Caution zu fordern?

12) Auf welche Art muß die Caution geleistet werden [und hat der Erbe gegen den mit dem Nießbrauche bedachten Legatar auf Inventarisation und Leistung des Manifestationseides Anspruch]?

13) Berechtigt Mißbrauch der Sache von Seiten des Usufructuars den Proprietar zur Einziehung des usus fructus?

14) Wenn das dienstbare Haus einfällt, aber auf dessen Grund ein neues aufgebaut wird, ist auch dieses der vorigen Dienstbarkeit unterworfen?

15) Wenn Jeman dem der usus fructus legirt ist, gehören ihm auch schon die zur Zeit des Todes des Testirers hängenden reifen Früchte, oder bleiben diese den Erben?

16) Gehören auch die Zuwüchse der Sache (accessiones) zu dem verschafften usus fructus?

17) Wenn der Legatar den ihm legirten usus fructus nicht anders ausüben kann, als insofern ihm der Erbe eine Servitut gewährt, ist der Erbe auch dazu verbunden?

18) Wie unterscheidet sich der quasi-usus fructus oder derjenige, welcher an verzehrbaren und unkörperlichen Sachen, z. B. ausstehenden Capitalien, verliehen wird, vom usus fructus verus?

19) Im Allgemeinen ist es unzweifelhaft, daß der Usufructuar nicht blos selbst die Sache nutznießen, sondern auch sie ver=

---

*) Ueber die Frage: ob Zehnten zu den natürlichen oder bürgerlichen Früchten zu rechnen sind, s. Bd. I. Allg. Thl. §. 35. Fr. 3.

miethen könne, l. 12. §. 2. l. 27. §. 1. D. 7. 1. Insofern nun auch der ususfructus vestimentorum als ein ususfructus verus in l. 15. §. 4. D. 7. 1. erklärt ist, so fragt sich, ob der Usufructuar auch diese vermiethen dürfe?

20) Wird durch das Nutzungsrecht auch, wie durch den Kauf, der Pacht aufgehoben?

21) Wenn der Usufructuar eines Hauses vermöge nicht geleisteter cautio damni infecti in den Besitz des baufällig gewordenen Nachbarhauses gesetzt worden ist, und bei fortgesetztem Ungehorsam des Nachbars das Eigenthum daran erlangt hat, verbleibt ihm dieses auch nach geendigtem ususfructus?

22) Kann ich auch an einer Sache, die ich erst zu erwerben hoffe, den ususfructus concediren?

23) Da, ungeachtet der Usufructuar die Benutzung der Sache veräußern und verschenken kann, doch das Recht selbst nicht von seiner Person getrennt wird, und mit dieser zugleich aufhört, so fragt sich, was es für eine rechtliche Folge hat, wenn er seinen ususfructus doch ungültiger Weise einem Dritten, oder wenn er ihn dem Proprietar cedirt hat?

24) Was für Lasten und Verbindlichkeiten hat der Usufructuar in Rücksicht auf Conservation der Sache, Reparaturen [Assekuranz] und onera rei zu übernehmen? und wie sind seine Befugnisse beschränkt?

25) Inwiefern muß der Usufructuar einer Heerde Vieh den Abgang ersetzen?

26) Es ist bekanntlich Regel, daß unbedingte Legate mit dem Todestag des Erblassers anfallen, gilt demnach diese Regel auch vom ususfructus?

Habitatio.

27) Worin bestehen deren Eigenthümlichkeiten?

27 a) Wenn ein Wohnungsrecht in der Eigenschaft eines dinglichen Rechts Mehreren zugleich eingeräumt ist, deren Jedem ein abgetheilter Raum angewiesen war: erlischt dann durch den Tod des Einen die habitatio theilweise?

27 b) [Sind die Grundsätze der habitatio heutzutage noch anwendbar?]

Operae servorum.

28) Inwiefern weicht die serv. operarum vom ususfructus ab?

Zu 1) Wesentliche Verschiedenheiten sind es, daß

a) die persönlichen Servituten nicht wie die Prädialservituten einer Sache, sondern nur einer Person (sey es eine physische oder juristische) zustehen,

a) daß sie zwar auch eine Sache zum Gegenstand ihrer Ausübung haben, aber nicht, wie die Realservituten, blos eine unbewegliche, sondern auch eine bewegliche. Die Gesetze haben ein legatum ususfructus sogar an verzehrbaren Sachen statuiren zu müssen geglaubt, und auf einen solchen quasi-ususfructus so weit als möglich die Grundsätze des wahren ususfructus analog übergetragen, so nämlich, daß der Usufructuar am Ende seines Fruchtgenusses eben so viel an Qualität und Quantität, als er empfangen hat, restituiren muß, wofür er aber auch Caution zu leisten verbunden ist; l. 7. D. 7. 5.

c) Bei dem persönlichen Dienstbarkeiten fällt nach l. 4. l. 5. l. 63. D. 7. 1. das von den römischen Juristen in Betreff der Realservituten angenommene Princip, daß sie nicht ad tempus und sub conditione constituirt werden können [l. 4. D. 81.], sowie auch das Princip der Untheilbarkeit weg; Glück Thl. X. §. 623., Elvers Servitutenlehre §. 19., Windscheid Lehrbuch l. §. 212. Anm. 9.

d) Sie hören mit dem Untergang des Gegenstandes derselben ganz auf, und reviviscirен nicht, wie Realdienstbarkeit mit der Wiederherstellung desselben; Glück a. a. O.

e) Bei dem Personalservituten wird nicht, wie bei den Realservituten, eine immerwährende Dauer vorausgesetzt; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 214.

Zu 2) Der ususfructus umfaßt alle und jede Art, Nutzen aus der Sache zu ziehen, fructus naturales et civiles*), soweit es ohne Nachtheil der Substanz möglich ist, wogegen der usus eigentlich nur den Gebrauch der Sache mit sich bringt. Wenn ein solcher aber gar nicht oder nicht vollständig möglich ist, ohne mit Fruchtgenuß verbunden zu seyn,**) so bleibt dieser wenigstens auf das Bedürfniß des Usuars (sey es nun für eine bestimmte Person oder Sache) und auf dasjenige, was die Sache selbst unmittelbar durch ihre eigenen Kräfte gewähren

---

*) Quae fructuum vice sunt, pro fructibus accipiuntur, l. 36. D. 22. 1. — praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. l. 39. §. 1. D. de legat. I. (30.) l. 29. D. 5. 3.

**) Beispiele davon s. l. 12. D. 7. 8.

kann, beschränkt; denn Umsatz derselben in ein Geld-Aequivalent oder dergl. wäre schon fructus, oder ein Gewinn, welcher aus der Sache gezogen wird; l. 1—3. l. 41. D. 7. 1. — pr. J. 2. 4. Ususfructus an fructus legetur, nihil interest, nam fructui et usus inest, usui fructus deest, et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest; l. 14. §. 1. D. 7. 8. Zu bemerken ist, daß bei dem legatum usus nach dem Gegensatz: in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur, l. 12. D. 50. 17., eine liberale Auslegung stattfindet, z. B. beim usus silvae auch der Holzverkauf als erlaubt angesehen wird, wenn der Natural-Holzbezug wegen zu großer Entfernung unvortheilhaft wäre, l. 22. pr. D 7. 8. — bei dem usus aedium die Vermiethung des dem Legatär überflüssigen Theils — doch nicht des Ganzen, l. 2. §. 1. l. 4. pr. D. 7. 8. — bei dem usus equitii, wenn er einem Pferdeverleiher legirt ist, auch die gewerbsmäßige Verleihung der Pferde als verstattet angesehen wird, l. 12. §. 4. D. 7. 8. Ist Zweien, Einem der usus, dem Andern der fructus vermacht, dann müssen freilich wohl die Grenzen strenger gezogen werden; l. 14. §. 2. D. 7. 8. Vergl. Bechmann Ueb. d. Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus nach Röm. Recht, Nürnberg 1860. — Unübertragbar ist eben so, wie die Realservituten, der usus, indem dieser ganz besonders mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des ersten Erwerbers begründet ist; serv. ususfructus ist aber übertragbar, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 223 rc., nur darf er nicht von der Lebensdauer des neuen Erwerbers abhängig gemacht werden. [Wie der Verfasser selbst in der Formulirung der Fr. 23. anzudeuten scheint, ist insgemein angenommen, daß nicht das Nießbrauchsrecht, sondern nur die Ausübungsbefugniß übertragbar sey. Diese Befugniß ist freilich nicht ein bloßer obligatorischer, d. h. bloß gegen die Person des eigentlichen Usufruktuars gehender Anspruch, sondern kann kraft eignen Rechts gegen jeden Störer geltend gemacht werden. Windscheid Lehrbuch I. §. 205. Anm. 4. fügt hinzu, daß der Dritte diese Ausübungsbefugniß behalte, auch wenn der Usufruktuar die Proprietät, oder der Proprietar den Usufrukt (zurück) erwerben sollte. — Gegen die von Dernburg d. Ae. in der Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. 2. No. 2. aufgestellte und neuerdings von Elvers Servitutenlehre §. 27. verfochtene Uebertragbarkeit des Usufrukt s. Arndts Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. 8. S. 96 ff., Kuntze in d. Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 255—260. u. Windscheid die Actio, S. 136.]

Zu 3) Derselbe ist dann rücksichtlich aller nach Abzug der Schul-

den übrig bleibenden körperlichen und nicht verzehrbaren Sachen als usussfructus verus, an den verbrauchbaren und unkörperlichen aber, z. B. an ausstehenden Capitalien (s. Glück Thl. IX. S. 172), als quasi-ususfructus zu behandeln; Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 280. Auch Kleider werden, ungeachtet §. 2. J. 2. 4. entgegensteht, zu den nicht fungiblen Sachen gerechnet, l. 15. §. 4. D. 7. 1., Glück a. a. O. S. 174. [Erben sind befugt, bei Gewährung eines letztwillig vermachten ususfructus omnium bonorum den Betrag ihrer Forderungen an den Erblasser nach l. 43. D. de legat. II. neben den sonstigen Nachlaßschulden in Abzug zu bringen, ohne daß dem die confusio obligationum entgegenstände. Dies gilt auch für den deutschrechtlichen, unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Nießbrauch des „Längst Leib längst Gut." Das Oldenburger O.-A.-G. in Seuffert's Archiv XV. No. 18.; dazu ebendas. V. No. 211.]

Zu 4) Augenscheinlich liegt

zu a) in der Benutzungsart der Gebäude in Beziehung auf Zweckdienlichkeit, Geschmack, Nutzen und Annehmlichkeit so viel Relatives, daß die Gesetze hier dem quod capita, tot sensus den weiten Spielraum durch die Regel abschneiden mußten, daß zunächst die vom Proprietar dem Gebäude gegebene Bestimmung und Einrichtung zur Norm diene; l. 13. §. 8. D. 7. 1. Der Usufructuar darf daher nicht ein Wohnhaus zu einer Herberge oder Werkstätte gebrauchen, nicht Zimmer oder Eingangsthüren verändern, oder unterirdische Gänge anlegen. Es ist ihm höchstens erlaubt, Fenster einzusetzen, wo es zur Erhellung nöthig ist, l. 13. §. 7. D. 7. 1., und, wenn es zur Aufbewahrung der Erntefrüchte nöthig ist, ein Gebäude auf der area aufzurichten; l. 13. §. 6. l. 73. D. 7. 1. Verzierungen darf er nur insoweit anbringen, als sie leicht wieder hinweggenommen werden können; l. 44. D. 7. 1. Nicht einmal Erweiterungen darf er vornehmen, und etwas Nutzbares nicht wegnehmen, wenn er auch etwas Besseres an die Stelle setzt, l. 7. §. 3. l. 8. D. 7. 1. — Er darf das Haus nicht höher bauen, l. 13. §. 7. D. 7. 1., aber auch nicht verbauen, und selbst ein vom Eigenthümer angefangenes Gebäude darf er nicht ausbauen, wenn es ihm gleich im unvollendeten Zustand keinen Nutzen bringt; l. 61. D. 7. 1.

Zu b) Bei schlagbaren Waldungen (silva caedua im weitern Sinn) versteht sich von selbst immer eine forstordnungsmäßige Benutzungsweise. Daß eine Beschränkung auf den Gutsbedarf in dem Fall, wenn der Wald von dem Proprietar nur dafür be-

nutzt worden war, wie häufig aus der l. 9. §. 7. D. 7. 1. gefolgert wurde, Glück Thl. IX. S. 204., Mühlenbruch Doct. Pand. Vol. II. §. 286., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 293., v. Wening=Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Thl. I. §. 78. nicht gefordert werden könne, daß vielmehr der Usufructuar auch Holz zum Verkauf schlagen könne, l. 22. pr. D. 7. 8. — scheint hinlänglich dargethan zu seyn von Laspeyres im civil. Archiv Bd. XIX. S. 71., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 344. Anm. 1. no. 1. Die Worte in l. 9. §. 7. cit.: nam et si fundi ususfructus fuerit legatus, et sit ager, unde palo in fundum, cujus ususfructus legatus est, solebat pater familias uti, vel salice vel arundine, puto fructuarium *hactenus uti posse*, ne ex eo vendat, nisi forte salicti ei (Weidenplatz) vel silvae palaris*) vel arundineti (Schilfrohrbruch) ususfructus sit legatus, tunc enim et vendere potest, erklären sich nämlich ganz leicht von einem ager, der nicht in dem *in usumfructum* gegebenen Gut begriffen, sondern nur zu dessen Bewirthschaftung mitbenutzt worden war. Da konnte natürlich der Usufructuar die Benutzung dieses ager auch nicht weiter in Anspruch nehmen. Ein Anderes aber wäre es, wenn ihm dieser ager selbst in usumfructum gegeben wäre; tunc enim et vendere potest, Donell. Comm. Lib. X. c. 7., Thibaut System §. 758. (Ed. 8.) Bei der silva caedua im engeren Sinn, quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus enascitur (Niederwaldung, Stockausschlag) l. 30. D. de V. S. (50. 16.), ist die Benutzung natürlich ganz unbeschränkt, l. 48. D. 7. 1. — In der silva non caedua, z. B. einem Park oder Lustwald, darf der Usufructuar nach den bereits bemerkten Grundsätzen gar keinen Holzhieb vornehmen, l. 18. D. 7. 1. Ist der Wald nicht durchaus schlagbar, so darf er nur Pfähle zur Wein= und Obstzucht daraus gewinnen, soweit das Grundstück dadurch nicht verschlechtert wird, l. 10. l. 11. D. 7. 1. — In Ansehung der Windbrüche und des Fallholzes gilt die Regel, daß der Usufructuar nur das Erforderliche zu seinem und der Gebäude Bedarf nehmen darf, das Uebrige aber dem Proprietar überlassen muß; denn sonst würden diesem, wenn der Unfall den ganzen Wald

*) Silva, ex qua pali ac pedamenta ad fulciendas ac sustinendas vites succiduntur, h. z. T. wären auch Hopfen= und Bohnenstangen darunter zu begreifen; Glück Thl. IX. S. 206.

träfe, alle Bäume vom Usufructuar genommen werden können; l. 12. D. 7. 1. Arboribus evulsis vel vi ventorum dejectis usque ad usum suum et villae posse usufructuarium ferre, Labeo ait: nec materia (Bau- und Nutzholz oder Werkholz) pro ligno (Brennholz) usurum, si habeat, unde utatur ligno, cf. l. 7. §. 12. D. 24. 3.

Zu c) Der Usufructuar eines Landguts darf nicht bloße Lustgärten in nutzbare Fruchtgärten oder Küchengärten, nicht Blumenanlagen in Gemüsefelder verwandeln, nicht die zum Vergnügen bestimmten Anlagen und zur Beschattung dienenden Bäume wegnehmen, um statt ihrer ertragsfähige Obstbäume zu setzen: l. 13. §. 4. D. 7. 1. Ueberall herrscht das Princip vor, daß die vom Proprietar der Sache gegebene Bestimmung aufrecht erhalten werden müsse.*)

Ging diese blos auf Gewinnung von Einkünften, wie dies bei Grundstücken meistens der Fall ist, dann wird das Princip selbst nicht verletzt, wenn der Usufructuar nur in der Art der Benutzung eine übrigens unschädliche Veränderung vornimmt, durch welche der Ertrag erhöht wird.

Wie weit außerdem der Usufructuar in der Benützungsweise gehen dürfe, darüber hat die l. 13. §. 5. D. 7. 1. große Zweifel anfgeregt. Während der Usufructuar eines Gebäudes, wie zu a) bemerkt wurde, nicht einmal in der inneren Einrichtung eine Veränderung vornehmen, ja nicht einmal ein blos angefangenes Gebäude vollenden darf, so erscheint dagegen der Usufructuar eines fundus in seinen Befugnissen gar zu unbeschränkt, wenn ihm die l. 13. §. 5. cit. sogar gestattet, Stein- oder Kalkbrüche, Sand- und Metallgruben anzulegen, ja sogar Weinberge, und Oliven- oder andere Baumgärten zu diesem Zweck niederzureißen, wenn dadurch dem Ackerbau einerseits kein Nachtheil erwächst, und der Ertrag des fundus anderseits erhöht wird. Windscheid Lehrbuch I. §. 203. Anm. 14. Das Paradoxe verschwindet aber, wenn man sich, wie v. Van-

---

*) Dasselbe Princip findet sich auch in l. 15. §. 1. D. 7. 1. dahin angewendet, daß der Usufructuar den in usumfructum gegebenen Sclaven, welchen der dominus als Secretair gebraucht hatte, nicht zu gemeinen Handarbeiten auf dem Felde verwenden durfte, dagegen es ihm unbenommen war, einen servus mediastinus, d. i. welcher vom dominus nur zu gemeinen Diensten gebraucht worden war, in einer Wissenschaft oder Kunst zu unterrichten und dann hierzu zu benützen; l. 27. §. 2. D. 7. 1.

gerow Pand. Bd. I. §. 344. bemerkt, dem Zusammenhang der Stelle nach nicht blos ein einzelnes Grundstück, sondern ein ganzes Gut zu denken hat, dessen verschiedenartige Theile sich zu eben so verschiedenen Benützungsarten eignen, und von der Natur selbst eine verschiedene Bestimmung erhalten haben. Demnach führt, mit Beiseitesetzung mißlungener Erklärungs- und sogar Textes-Emendations-Versuche,*) die von Keil im civilist. Archiv Bd. XXXV. S. 358. sorgfältig angestellte Exegese der citirten Gesetzstelle zu dem unbedenklichen Ergebniß:

1) Diejenigen Stein-, Sand- und andere Gruben, die vom Proprietar schon vor Einräumung des Nießbrauchs auf der fraglichen Länderei hergerichtet worden sind, darf auch der Usufructuar nutzen und betreiben;
2) er darf auch selbst dergleichen Gruben auf der ihm überlassenen Länderei anlegen, so weit er nicht dadurch der Agricultur wesentlich Schaden thut;
3) er darf zum Zweck der Herrichtung von dergleichen Anlagen sogar vorhandene Anlagen niederreißen, wenn die neue Anstalt einträglicher ist, als die vorhandenen, die neue Anlage hindernden Anlagen, und wenn durch die neue Anstalt auch nicht in sonstiger Beziehung die Lage des Proprietars verschlimmert wird; vergl. Hagemeister in Hugo's civilist. Magazin Bd. III. S. 257. ꝛc., Mühlenbruch Doctr. Pand. T. II. §. 395., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. §. 145., Glück Thl. IX. §. 635. S. 233. ꝛc.

Zu 5) Es ist wohl unbedenklich anzunehmen, daß zufolge einer solchen letztwilligen Bestimmung der legatarius fundi die Proprietät erhält, der ususfructus aber zwischen ihm und dem legatarius ususfructus getheilt werde; §. 1. J. 2. 4. — l. 19. D. 33. 2. — Zwar wird von Mehreren die heutige Anwendbarkeit solcher Entscheidung des Gesetzes aus dem Grund bezweifelt, weil sie unserem Sprachgebrauch zuwider wäre; s. Struben rechtl. Bedenken Thl. V. no. 110., Voet Comm. ad Pand. L. VII. tit. 1. §. 8., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1490., von den Meisten aber juristisch gerechtfertigt; Thibaut System §. 906. (Ed. 8.), Glück Thl. IX. S. 189.

Fällt nun einer von beiden aus, so entscheidet l. 3. §. 2. l. 4. D. 7. 2. für das Accrescenzrecht, indem beide in Absicht auf den Nieß-

*) S. Feuerbach civilist. Versuche Bd. I. S. 137., v. Madai im civil. Archiv Bd. XV. S. 330. und mehrere ältere Interpreten.

brauch als legatarii conjuncti anzusehen seyen. — Die Wirkung hiervon wäre verschieden, wenn man Consolidation annehmen dürfte; denn die Consolidation geschieht ohne alle Beschwerde, durch Accrescenz aber geht der vacant gewordene Antheil am Nießbrauch nur mit den vom Testirer darauf gelegten Lasten über.*)

Zu 6) Man könnte veranlaßt seyn, mit Noodt Oper. pag. 445. und Bauer Diss. de legato ususfructus Spec. I. cap. 4. pag. 31. das Legat nur auf letzteres beschränkt zu verstehen, da in l. 7. D. 34. 2. gesagt ist: si ita esset legatum, vestem meum, argentum meum damnas esto dare, id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset, quia praesens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset. Allein auf eine universitas bonorum ist dieses wohl nicht anwendbar, und daher nach Glück Thl. IX. S. 176. und Voet Comm. Lib. VII. Tit. I. §. 15. die allgemeine Regel zu beobachten, daß die Größe des Vermögens eines Verstorbenen nach dem Bestand desselben zur Zeit seines Todes, mit welchem auch das Legat erst Giltigkeit erhält, zu beurtheilen ist, l. 73. pr. D. 35. 2. — l. 6. C. 3. 28., wornach auch in Nov. 18. c. 3. der der Ehefrau vom Mann hinterlassene Nießbrauch des ganzen Vermögens verstanden ist.

Zu 7) Die l. 9. §. 7. l. 15. §. 6. D. 7. 1. erklärt auch das instrumentum fundi und alles Zubehör eines Grundstücks oder Hauses darunter begriffen.

Zu 7a) Man könnte nach l. 1. D. 8. 5. glauben, daß diese Klage nur dem Eigenthümer zustehe, die Zulässigkeit derselben auf Seiten des Usufructuars ist aber nach l. 1. pr. l. 5. §. 1. D. 7. 6. — l. un. §. 4. D. 43. 25. keinem Zweifel unterworfen, jedoch muß er sich durch bestimmte Erklärung darüber, von wem er seinen Nießbrauch ableite, ad causam legitimiren; v. Bülow Abhandl. Thl. II. Abth. 1. S. 47.

Zu 8) Sobald er sie percipirt hat, gleichviel ob sie reif oder noch unreif sind, l. 13. in f. D. 7. 4. — l. 42. D. 33. 2. — und nur insoweit transmittirt er sie auch auf seine Erben; §. 36. J. 2. 1. — l. 8. D. 33. 1. — Stirbt der Usufructuar noch vor der Perception, so gehören die hängenden Früchte dem Eigenthümer, jedoch hat dieser die Saat- und Bestellungskosten zu vergüten, l. 46. D. 22. 1. — l. 1. C. 7. 51. — l. 36. §. 5. D. 5. 3. — l. 7. pr. D. 24. 3. — Auch versteht sich, daß der Usufructuar an der Perception nicht durch

*) Mehreres über die verschiedenen Fälle der Erwerbung des ususfructus durch letzte Willensordnungen (vergl. Glück Thl. IX. S. 181.) wird zweckmäßig unten in der Lehre vom Erbrecht Platz finden.

die Schuld und widerrechtliche Handlung des Proprietars verhindert worden seyn darf; l 5. §. 4. D. 7. 6. — l. 35. l. 36. §. ult. l. 47. D. 7. 1.

Zu 9) Die Pachtgelder gehören dem Usufructuar nur so weit, als bei seinen Lebzeiten der Genuß des Pachts stattgefunden hat.

Ist der Gegenstand des ususfructus eine Sache, welche täglich und stündlich Nutzen gewährt, so wird der Miethzins nach Verhältniß der Zeit getheilt zwischen dem Usufructuar, so lange er gelebt hat, und dem Proprietar, von der Zeit an, da der ususfructus durch den Tod des usufructuarius erloschen ist. Ist aber der Gegenstand des ususfructus von der Art, daß er nur zu gewissen Zeiten des Jahres Früchte gibt, so kommt es lediglich darauf an, wie viel an Früchten der Pachter schon bei Lebzeiten des Usufructuars bezogen hat, oder nicht. Nach diesem Verhältniß wird das ausständige Pachtgeld zwischen den Erben des Usufructuars, als bisherigen Verpachters, und dem Proprietar getheilt, und wenn der Usufructuar etwa das Pachtgeld voraus erhoben hat, bevor sein Pachter irgend eine Nutzung erhoben hätte, so müssen die Erben des Usufructuars das praenumerando erhobene Pachtgeld ganz an den Proprietar herauszahlen; l. 1. §. 2. D. 12. 7. — l. 58. D. 7. 1.

Haben die Erben die vom Usufructuar selbst ausgeübte Benutzung der Sache fortgesetzt, so müßten sie den Gebrauchswerth derselben von Beendigung des ususfructus an bis zur Herausgabe der Sache vergüten.

Zu 10) Da bei bürgerlichen Früchten die cessio diei eben das wirkt, was bei natürlichen die Perception, so müssen sie pro rata temporis, oder je nach der Dauer des ususfructus, zwischen dem Proprietar und den Erben des Usufructuars getheilt werden; Glück Thl. IX. S. 329.

Zu 11) Die gemeine Meinung geht dahin: man müsse einen Unterschied machen zwischen Nießbrauch, welcher durch einen Vertrag oder durch einen letzten Willen ertheilt sey. Im ersten Fall könne die Erlassung der Caution kein Bedenken haben; denn wer Jemandem den Nießbrauch verstattet, konnte ihm ja auch das völlige Eigenthum, Proprietät und Nießbrauch geben. Im zweiten Fall hingegen, auf welchen sich l. 7. C. 6. 54. bezieht, ist es bestimmt verordnet, daß der Testirer die Caution nicht solle erlassen können, weil es widersprechend seyn würde, wenn der Testator, der dem Legatar doch nur den Nießbrauch zugedacht hat, seinem Erben die Möglichkeit benehmen würde, das ihm vorbehaltene Recht aufrecht zu erhalten; s. Höpfner

Institt. Comm. §. 373. no. 3., Glück Thl. IX. S. 419., Elvers Servitutenlehre S. 555., Windscheid Lehrbuch I. §. 204. Anm. 9., Seuffert's Archiv IV. No. 206. und IX. No. 137. Man statuirt auch, daß der Proprietar die Caution — welche stillschweigend ohnedies nie als erlassen betrachtet werden darf — wenigstens bei eintretender Gefahr der dilapidatio auch dann, wenn sie vorher erlassen worden war, noch fordern könne; Glück Thl. IX. §. 655., Malblanc Princ. jur. Rom. P. II. §. 433. — Die Meinung Einiger, daß selbst der Erbe sich des Rechts auf die Caution nicht giltig solle begeben können, ist nun wohl allgemein als verworfen anzusehen, s. Höpfner Institt. Comm. §. 373. no. 3., Glück Thl. IX. §. 645. S. 419., Schömann Handb. d. Civilr. Bd. I. S. 348. — Uebrigens sind nach ihren besondern Regeln zu behandeln der väterliche ususfructus an den Adventitien der Hauskinder, des Ehemanns ususfructus am uxorischen Vermögen und dergl. [Ueber die cautio usufructuaria bei Waldungen vergl. Hotzel i. d. Blätt. f. Rechtspfl. in Thüringen 1860. No. 1. u. 2.]

Zu 12) In der Regel durch Bürgschaft; l. 18. pr. D. 7. 1. — l. 5. §. 1. D. 7. 9. — Pauli rec. sent. Lib. III. Tit. VI. §. 27., vermag dies der Usufructuar nicht, so steht es im richterlichen Ermessen, nach Beschaffenheit der Person und Beträchtlichkeit des Gegenstandes zu bestimmen, ob durch Pfand oder juratorische Caution Genüge geleistet werde, oder das Gut zu sequestriren und dem Usufructuar der zu erzielende Pachtschilling zu verabreichen sey; Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1138., Voet Comm. ad Pand. Lib. VII. T. IX. §. 3. Glück Thl. IX. §. 657., Seuffert's Archiv XV. No. 105.

[Die Frage, ob der Erbe berechtigt sey, von dem Legatar, welchem der Nießbrauch vermacht ist, z. B. der Wittwe des Erblassers, Inventarisation oder eidliche Specification zu fordern, ist bestritten, verneint vom O.-A.-G. zu Celle, s. Seuffert's Archiv IX. No. 137., bejaht von dem O.-A.-G. zu München; die Bejahung gründet sich auf l. 1. §. 4. D. 7. 9., const. 22. §. 10. Cod. 6. 30., (welche wenigstens eine Analogie enthält), und auf l. 1. pr. l. 5. §. 1., l. 7. pr. D. 7. 9., wo die Verpflichtung zur Cautionsstellung schlechthin aufgestellt wird, so daß damit zugleich gesagt ist, daß der Nutznießer, um die Größe der Caution bemessen zu können, auch zur Errichtung eines Inventars und im Fall Verdachts zur Ableistung des Manifestationseides als Mittel zum Zweck verbunden sey; s. Seuffert's Archiv XIII. No. 105.]

Zu 13) Diese Frage kann wohl nicht mit Stryck Us. mod.

Lib. VII. T. IV. §. 6. und Berger Oecon. jur. Lib. II. T. 3. th. 24. geradezu bejaht werden, s. vielmehr l. 1. §. 5. u. 6. D. 7. 9. Der Proprietar ist nur berechtigt, Entschädigung zu fordern [und zwar auch schon während der Dauer des Nießbrauchs, s. Seuffert's Archiv X. No. 234.], und in geeigneten Fällen, besonders wenn er durch die ihm geleistete Caution nicht hinlänglich gesichert ist, darauf anzutragen, daß dem Usufructuar die Verwaltung genommen werde und er nur die zu erhebenden Nutzungen erhalte, s. Thibaut System §. 622., Glück Thl. IX. S. 498., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1129. not. k., Gebr. Overbeck Meditt. Thl. I. S. 256. Damit stimmt überein ein Erkenntn. des O.-A.-G. in Jena in Emminghaus Pandecten S. 678. no. 14.

Zu 14) Diese Frage ist zu bejahen, weil die Realservitut immer auf dem Grund und Boden selbst haftet; l. 11. pr. D. 8. 2. — Glück Thl. X. S. 4., Seuffert's Archiv XIV. No. 7.

Zu 15) Die l. 27. pr. D. 7. 1. entscheidet für den Legatar, Glück Thl. IX. S. 198.

Zu 16) Alluvionen wachsen allerdings auch dem usufructus des Grundstücks zu, welches durch das allmählig angeschwemmte Land vergrößert wird. Eine Insel aber, welche der Proprietar erwirbt, geht den Usufructuar nichts an, l. 9. §. 4. D. 7. 1., auch nicht der gefundene Schatz; l. 7. §. 12. D. 24. 3. —; er hat nämlich darauf nicht als Usufructuar Anspruch, sondern, falls er ihn gefunden hat, nur so viel Recht, wie jeder andere Finder. Das Kind einer in usumfructum gegebenen Sclavin wurde auch nicht als fructus angesehen, wie die Jungen der Thiere, und gehörte also dem Proprietar, §. 37. J. 2. 1. — l. 28. D. 22. 1. — Zubehörungen des Guts sind ipso jure im ususfructus desselben begriffen, z. B. Gerichtsbarkeit, Jagd, Fischerei, Vogelfang, l. 9. §. 5. D. 7. 1., wie auch Servituten; l. 1. pr. D. 7. 6. — Voet ad h. T. §. 27., Hofacker l. c. Tom. II. §. 1117., Glück Thl. IX. S. 209.

Zu 17) Ja; l. 1. §. 2—4. D. 7. 6.

Zu 18) Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß der Usufructuar nach geendigtem ususfructus Sachen gleicher Qualität und Quantität restituiren muß; l. 7. D. 7. 5. — Vergl. Held D. Lehre vom ususfr. earum rerum, quae usu consumuntur v. minuuntur (1848). Sind z. B. Thiergärten, Fischteiche und dergl. bei dem nutznießlichem Gut, so muß er von jeder Art und Gattung am Ende des Nießbrauchs so viel Stück restituiren, als er beim Anfang desselben vorgefunden hat; l. 62. §. 1. D. 7. 1. — Glück Thl. IX. S. 203. not. 84.

Ueber die Frage, ob ein ususfructus verus oder nur quasi-usus-fructus an Kleidern stattfinde, widersprechen sich bekanntlich zwei Gesetzesstellen, indem §. 2. J. 2. 4. letzteren, l. 15. §. 4. D. 7. 1. aber ersteren statuirt; v. Madai Beitr. zur Dogmengeschichte des gem. Civilr. no. III. S. 189. ꝛc. gibt hier den Institutionen den Vorzug, weil Justinian darin das frühere Recht habe abändern wollen. Das Gegentheil behauptet Glück Thl. IX. S. 174., indem er darauf hinweist, daß selbst die Institutionen an einer andern Stelle §. 5. J. 3. 25. die vestimenta nicht, wie im §. 2. J. 2. 4. irrig geschehen, den vom ususfr. verus ausgenommenen fungibeln Sachen beizählen, folglich Justinian nicht die Absicht gehabt haben konnte, das Pandectenrecht (l. 15. cit. und l. 9. in f. D. 7. 9.) abzuändern. Held a. a. O. S. 41. ff., Elvers Servitutenlehre S. 594. ff., Arndts in d. Oesterr. Viertelj.-Schr. V. (1860) No. 4. Ueber den ususfr. nominum, s. Spangenberg prakt. Erörterungen Bd. X. S. 68., vergl. unten Erbrecht Kap. X. über das legatum redituum. Fr. 6. Dazu Dunker i. Hess. Arch. f. pract. Rechtswiss. VI. S. 97. u. Elvers Servitutenlehre S. 396 ff.

Zu 19) In der Regel nicht, doch gilt ein anderes bei Masken-, Trauer- und theatralischen Anzügen; l. 15. §. 4. u. 5. D. 7. 1.

Zu 20) Allerdings: der Usufructuar braucht den Pacht nicht fortzusetzen, wenn er gleich die bereits fälligen Pachtgelder bezieht; l. 59. §. 1. D. 7. 1.

Zu 21) Ja; l. 7. §. 1. D. 7. 1.

Zu 22) Ja; der usussfructus kann auch ex die constituirt werden, l. 4. l. 63. D. 7. 1.

Zu 23) Der usussfructus erlischt im zweiten Fall durch Consolidation §. 3. J. 2. 4. Hat aber der Usufructuar einem Andern cedirt, so heißt es hier: cedendo extraneo nihil agitur, i. e. inefficax est cessio, §. 3. cit. cf. l. 66. D. de jure dot. (23. 3.) Ob in diesem Fall der usussfructus wegen Mißbrauchs von Seite des Usufructuars ganz erlösche, wie es nach l. 66. cit. scheint, oder ob nur der Cessionsact unwirksam für den Cessionar würde, mithin seiner Zeit den Rückfall an den dominus nicht zu hindern vermöge, ist streitig. Ueber die Erklärung dieser Stelle s. Daniels in Roßhirts Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht Bd. II. no. 7. S. 100. — Glück Thl. IX. §. 634. S. 222. hat sich unter Anführung der Autoritäten pro et contra für die letztere Meinung bestimmt, indem die Entscheidung des Pomponius in l. 66. cit.: nihil ad cessionarum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum, nur dem antiquarischen Recht angehöre,

welches mit der zu seiner Zeit noch bestandenen feierlichen cessio in jure zusammenhänge, dagegen nach dem Justinianischen Recht, wie §. 3. J. 2. 4. deutlich lehrt, nur die Unwirksamkeit der Cession angenommen werden könne. Hiermit stimmen überein Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 249. u. Thibaut System §. 768. (Ed. 8.)

Zu 24) Im Allgemeinen ist das gegenseitige rechtliche Verhältniß zwischen Proprietar und Usufructuar auf das Princip gebaut: conditionem alterius deteriorem non reddere debet. Daraus folgt:

a) Was die Conservation der Sache betrifft, so hat der Usufructuar weder für die auch bei ordnungsmäßigem Gebrauch (boni viri arbitratu) entstehenden Deteriorationen, noch für zufälligen Untergang der Sache einzustehen, l. 9. §. 3. D. 7. 9. — l. 12. §. 1. D. 7. 1., wohl aber für Schaden, dem ein sorgfältiger Hausvater vorbeugen konnte; er ist sonach für culpa levis und custodia verantwortlich, l. 1. §. 3. D. 7. 9. und um so mehr für damnum injuria datum, Schömann Handb. des Civilrechts Bd. I. S. 343. Als schädliche Unthätigkeit wäre ihm z. B. zuzurechnen, wenn er einem Andern durch Verjährung das Eigenthum oder eine Servitut*) erwerben ließe; l. 15 §. 7. D. 7. 1. — l. 1. §. 7. D. 7. 9.

b) Er ist in Hinsicht des auf die Sache zu machenden Aufwands nicht ad impensas utiles, sondern nur necessarias gehalten; l. 7. C. 3. 33. Ist für Erhaltung und Bereitung der Früchte die Wiederaufbauung eines verfallenen Gebäudes nothwendig zur Gewinnung des ususfructus, so fallen ihm auch die Baukosten zur Last l. 50. D. 7. 1. — l. 32. §. 5. D. 33. 2. — wenn er nicht anders sich des Nießbrauchs gänzlich begeben will; l. 48. l. 64. D. 7. 1. — Außerdem ist er nicht schuldig, was durch Alter oder durch fehlerhafte Structur des Gebäudes eingestürzt ist, wieder herzustellen, sondern nur die Gebäude in Dach und Fach zu erhalten, modica refectio ad eum pertinet, l. 7. §. 2. D 7. 1. Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen gehört das Einziehen neuer Balken, Pfetten, Sparren ꝛc. an die Stelle der in Fäulniß übergegangenen, sowie das Heben

---

*) Ob, wie Scholz Baurecht S. 59. annimmt, der Eigenthümer eines Gebäudes sich negative Servituten gefallen lassen müsse, welche der Usufructuar darauf verjährungsweise begründen ließ, wenn er das clam nicht beweisen kann, und ob der Eigenthümer auch Servitutrechte verlieren kann, wenn der Usufructuar sie durch Verjährung erlöschen ließ, was jedoch aus der dafür angeführten l. 44. §. 2. D. 41. 2. nicht zu folgen scheint, darüb. s. ob. §. 111.

gesunkener Theile des Hauses nicht zu den Pflichten eines Nutznießers, wenn er nicht durch seine Schuld einen solchen Verderb herbeigeführt haben sollte; s. Erkenntn. des O.=A.=Ger. zu Wiesbaden in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 227. Hat aber der Proprietar ein solches durch Alter eingefallenes Gebäude wieder aufgebaut, so muß der Usufructuar ihm dessen Gebrauch überlassen; l. 7. §. 2. l. 48. D. 7. 1. — Der Usufructuar darf kein neues Gebäude errichten, ausgenommen, wenn es für die zu percipirenden Früchte nothwendig ist; l. 13. §. 6. D. 7. 1. Die Praxis hat dies auch auf die erforderlichen Stallungen ausgedehnt, s. Scholz das Baurecht S. 56. — Bei geendigtem Fruchtgenuß sind dann auch wohl die Kosten eines zur Erhaltung und Erhöhung des Fruchtgenusses vom Usufructuar errichteten Gebäudes demselben zu vergüten, s. Scholz a. a. O. S. 22. Derelinquirt er den ususfructus, weil ein zur Erzielung des Genusses unvermeidlicher Aufwand ihm zu schwer fällt, so befreit ihn natürlich die Dereliction nicht vom Ersatz desjenigen, was er oder die Seinigen verdorben haben; l. 59. D. 7. 1.

c) [Der Nutznießer ist verpflichtet, die Kosten der Versicherung der Gebäude, an denen er den Nießbrauch hat, zu tragen. Einerseits nämlich gehört die Versicherung von Gebäuden gegen Feuersgefahr nach den in neuerer Zeit herrschend gewordenen Ansichten, namentlich auf dem Lande, ohne Zweifel zu den Pflichten eines diligens paterfamilias; und anderseits gereicht dieselbe bei Gebäuden, die Jemandem zum Nießbrauch zugewiesen sind, nicht bloß zum Vortheil des Eigenthümers, sondern auch des Nutznießers, da, wenn gleich Letzterer nicht für den casus haftet, dieser doch ebensowohl ihn wie den Eigenthümer trifft, indem Letzterer im Falle eines casuellen Untergangs der Gebäude nicht verpflichtet ist, sie dem Nutznießer wieder aufzubauen; l. 7 §. 2. D. 7. 1. Sonach entscheidet hier der Grundsatz, daß der fructuarius, weil er alle Früchte der Sache zieht, auch alle Lasten derselben tragen soll; O.=A.=G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv XV. No. 106. Vergl. übrigens dazu ebendas. XIV. No. 7.]

d) Der Usufructuar hat nach l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. l. 52. D. 7. 1. — alle öffentlichen ordentlichen und außerordentlichen, sowie auch alle vom Testirer auf das nutznießliche Gut gelegten Privatlasten zu bestreiten. Nach der Meinung mehrerer Rechtsgelehrten aber wird ihm wegen außerordentlicher Lasten alsdann gleich=

wohl das Recht einer Zurückforderung gegen den Proprietar zugestanden; s. Thibaut System §. 760. (Ed. 8.), Glück Thl. IX. S. 259., Leyser Spec. 106. Med. 3., Voet Comm. ad Pand. Lib. 7. Tit. 1. §. 38., Walch Controv. jur. civ. Sect. II. Cap. III. §. 7.

e) Ganz natürlich ist es endlich, daß der Usufructuar auch keine Servitut auf die res fructuaria einseitig legen kann; daß er es aber auch nicht einmal mit Zustimmung des Proprietars rechtlich vermag, könnte auf den ersten Blick auffallen, es erklärt sich jedoch nicht nur aus dem Grundsatz: servitus servitutis esse nequit, sondern auch vorzüglich daraus, daß die persönliche Servitut nicht von der Person getrennt werden, folglich der Usufructuar auch nicht einen Theil davon einem Andern übertragen kann, s. Marezoll Progr. Explicantur Ulpiani Verba in fr. 15. §. ult. fr. 16 u. 17. D. de usufr. (7. 1.) Lips. 1839. [Ueber die verschiedenen Motivirungsversuche dieses Satzes, dessen heutige Anwendbarkeit mit Recht bestritten wird, s. Elvers Servitutenlehre S. 258 ff., Zachariae Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIV. S. 133 ff., Arndts Lehrbuch §. 180. Anm. 4., v. Vangerow Pand. I. §. 338. Anm. 2. No. 3 u. Sintenis Civilr. I. §. 59. Anm. 45.]

Zu 25) Er ersetzt ihn durch den Zuwachs, l. 68. §. 2. l. 69. l. 70. pr. §. 1 — 5. D. 7. 1., ohne daß er anderwärts zu kaufen braucht, um einen Abgang zu ersetzen, er haftet auch immer nur für den natürlichen Abgang; denn was durch unvermeidliche Unglücksfälle zu Grunde geht, vertritt er nicht, Glück a. a. O. S. 257.

Zu 26) Bei den gewöhnlichen Servituten fanden die Gesetze eine Abweichung nöthig, weil diese nicht auf den Erben übergehen können; der Erbe muß daher die Erbschaft erst angetreten haben, um gegen ihn die Servitut geltend machen zu können; l. un. §. 2. D. 7. 3. — l. 5. §. 1. D. 36. 2. — Doch muß er Entschädigung leisten, wenn er blos zum Nachtheil des Legatars zögerte; l. 36. l. 47. D. 7. 1. Bei den operis servorum ist noch eine Eigenheit, indem der Legatar diese erst fordern muß; fr. 7. D. 33. 2., Glück Thl. IX. §. 637 b. S. 310.

Zu 27) Die nach Thibaut civilist. Abh. S. 7. am leichtesten aus einem Wohlthätigkeitszweck erklärbaren Eigenheiten der habitatio (Freiwohnung), — s. auch Klooß Lehre v. d. habitatio (1839), Elvers Servitutenlehre §. 60., Böcking Pand. §. 168 u. Windscheid Lehrbuch I. §. 208., v. Savigny System II. §. 72. —

unterschieden vom usus oder usus fructus aedium, bestehen vornämlich darin, daß

a) der Genuß des habitator auf das Wohnen beschränkt war; l. 41. pr. D. 8. 2.; noch engere Beschränkungen sind wohl mit Recht bestritten; s. Höpfner Inst. Comm. §. 282;

b) die habitatio durch keine capitis diminutio verloren ging;

c) die habitatio durch non usus nicht verloren ging, l. 10. pr. D. 7. 8. —; aber es war dem habitator

d) nur der unmittelbare eigene Gebrauch gegeben, er konnte ihn also nicht verschenken, wohl aber durch Vermiethung benutzen, l. 10. pr. D. 7. 8. und hatte die nöthigen Reparaturen und sonstigen Lasten zu bestreiten; l. 18. D. 7. 8.

e) Die habitatio konnte, wenn sie durch Schenkung unter Lebenden erworben war, von den Erben des Schenkers widerrufen werden.

f) Aus dem Grundsatz, daß mit dem Untergang des dienenden Guts die darauf haftende Servitut erlösche, folgte, daß, wenn das Haus abbrannte, und ein neues auf dessen Stelle erbaut wurde, das Wohnungsrecht nicht auf dieses überging; Schmidt hinterlassene Abh. prakt. Rechtsmaterien Thl. II. S. 56.

Zu 27 a) Es tritt hier das Accrescenzrecht des überlebenden Wohnungsberechtigten ein, s. l. 34. D. 33. 2.: idem quaesiit, defunctis quibusdam ex libertis, quibus habitatio relicta erat, an portiones domus, in qua hi habitaverant, jam ad Rempublicam pertineant? Respondit, quoad aliquis eorum vivat, fideicommissum Reipublicae non deberi; Glück Thl. IX. §. 652. S. 469., Lyncker D. de jure habitationis Sect. III. §. 7. verb.: si habitatio aliquibus conjunctim relinquitur, uno vel altero deficiente, accretio obtinebit, s. auch Westphal de libertat. et servitut. praed. §. 854. Dies folgt aus dem Rechtsprincip der Untheilbarkeit des usus und der habitatio, s. Griesinger Beweis, daß das Anwachsungsrecht bei dem usu stattfinde §. 10., Thibaut System §. 845. not. u., Glück a. a. O. S. 445. Daher auch nicht, wie Andere glauben, ein Unterschied in der Beziehung Platz greifen kann, ob ein solches untheilbares Recht durch Testament oder Vertrag constituirt ist; denn die ratio ist in beiden Fällen dieselbe. Perez in Praelect. in Cod. lib. VI. no. 51. pag. 564. sagt zwar: jus accrescendi in iis duntaxat, quae ultima voluntate relinquuntur, locum habet, non item in contractibus, qui judicantur secundum formam, qua sunt initi; er fügt aber auch bei: si tamen res divisionem non patiatur, uni tota cedet; l. 5. D. 8. 4. — Bucher das Recht der Forderungen §. 39. sagt: „aus der Beschaffenheit des versprochenen Gegenstandes

§. 3. D. 34. 1. — Westphal de servitut. §. 523b., vergl. Hoffmann die Lehre von Servituten Bd. I. S. 197. §. 59. Die herrschende und gewiß auch richtige Lehre ist aber nach dem Vorgange eines Duaren, Cujacius, Donell u. A. m. diese: Alle Realservituten können auch als personales vorkommen, und sind dann als usus und ususfructus zu behandeln. Auf dieser Wandelbarkeit des Charakters einer serv. realis in eine personalis beruht die Eintheilung der Realservitut in die sogen. regularis, wenn sie als Realservitut, und irregularis, wenn sie ausnahmsweise als personalis vorkommt, Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 291., v. Löhr Magazin Bd. III. S. 497., Hasse im Rhein. Mus. Bd. I. S. 73., neuerlich auch Zachariä von Lingenthal im civilist. Archiv Bd. XXVII. S. 1. über die sogen. irregulären Personalservituten, welcher diesen Kunstausdruck aus triftigen Gründen verwirft und noch mehrere einschlagende Nebenfragen principienmäßig erörtert. [Vergl. oben §. 111. Anm. *). — Cohnfeld Die s. g. irregulären Servituten nach Röm. Recht (1862), S. 44—47. erklärt sich gegen den Begriff der irreg. Serv. u. dessen praktische Tauglichkeit; vergebens suche Cujarius Resp. Papin. II. ad l. 4. D. 8. 3. die Nutzbarkeit zu erweisen; allen Anforderungen des practischen Bedürfnisses werde auf dem Wege obligatorischer Verbindlichkeiten begegnet, und wenn man heutzutage das Eigenthum zu entlasten suche, so sei es nicht an der Zeit, eine neue Klasse wirthschaftlich beschwerlicher Servituten einzuführen.]

---

§. 117.

6. Endigung der Servituten. — Reviviscenz.

Im Allgemeinen ist es unzweifelhaft, daß Servituten entweder auf freiwillige Art erlöschen können, durch Abtretung an den Eigenthümer der dienenden Sache, l. 8. pr. D. 8. 6. — l. 17. D. 8. 4. — l. 4. §. 12. D. 44. 4.,*) insbesondere beim ususfructus durch Dereliction, indem sich der Usufructuar von den Lasten, welche er vermöge des Nießbrauchs tragen muß, wenn sie ihm zu drückend werden, auf diese Weise zwar nicht in Ansehung der Vergangenheit, aber doch für die Zukunft befreien kann, l. 64. u. 65. D. 7. 1., oder unfreiwillig: durch den Untergang der

---

*) Vergl. jedoch die folgende Fr. 12a.

dienenden Sache, l. 2. D. 7. 1. — l. 5. §. 2. u. 3. l. 8 - 12. l. 23—26. l. 30. l. 31. D. 7. 4. — l. 9. pr. D. 8. 5. — durch den Untergang des herrschenden Guts bei Realservituten, l. 20. §. 2. D. 8. 2. — l. 13. pr. D. 8. 3., oder bei Personalservituten durch den Tod des Berechtigten, l. 3. §. 3. D. 7. 4. — l. 16. §. 2. l. 17. C. 3. 33. — l. 56. D. 7. 1., und wenn dieser eine jurist. Person ist, durch Zeitablauf von 100 Jahren, als dem längsten menschlichen Lebensalter, l. 56. D. 7. 1. — l. 8. D. 33. 2.*), ferner durch Confusion resp. Consolidation,**) l. 30. pr. D. 8. 2.

*) Ingleichen durch Vernichtung der Substanz, z. B. der Nießbrauch an einem Gebäude erlischt mit Zerstörung desselben, wenn gleich die area stehen bleibt, und revivisciret nicht wieder durch dessen Wiederaufbau, l. 5. §. 2. l. 10. §. 1. D. 7. 4.

Ob der usufructus an Grund und Boden durch das Ueberbauen desselben erlösche, muß wohl nach den einschlagenden Gesetzstellen verneint werden, l. 5. §. 3. D. 7. 4. — l. 71. D. 7. 1. — l. 36. D. eod. Unterbrochen wird er allerdings, und es findet gegen den Eigenthümer actio ex testamento oder actio de dolo statt, der Usufructuar darf sich aber nicht die Verjährungszeit hindurch beruhigen. Wird während derselben das Gebäude wieder niedergerissen, so wird der Nießbrauch wieder hergestellt. Wird das mit serv. usufr. belastete Grundstück in einen See verwandelt und verliert dadurch seine von der Natur erhaltene Bestimmung, so erlischt der usufr. daran, l. 10. §. 2. l. 23. D. 7. 4., eben so wie wenn der Fluß sein Bett verläßt und das Grundstück dadurch zum Flußbett wird, l. 24. pr. D. 7. 4. Mit nachheriger Austrocknung des Sees lebt der Nießbrauch nicht wieder auf, l. 10. §. 3. D. 7. 4., denn er hat nun einmal von der Natur eine andere Bestimmung erhalten; nur vorübergehende Ueberschwemmungen heben den Nießbrauch nicht auf, l. 23. 24. D. 7. 4., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 318.

Der Nießbrauch an einer silva caedua im engeren Sinne erlischt, wenn die Bäume sämmtlich zu Grunde gehen, l. 10. §. 4. D. 7. 4.

Der Nießbrauch an einer einfachen beweglichen Sache hört durch Specification auf, l. 10. §. 5. D. 7. 4.; an einer Heerde, wenn so viel einzelne Thiere untergehen, als zum Begriff einer Heerde nöthig sind, l. 31. D. 7. 4. — vergl. l. 3. pr. D. 47. 14.; so auch an einem Viergespann, wenn ein Pferd davon zu Grunde geht, l. 10. §. 8. D. 7. 4.

**) Wenn der Usufructuar die Proprietät erworben hat, aber den Gegenstand hinterher wieder herausgeben muß, so lebt die Servitut gleichwohl nur dann wieder auf, wenn in dem Rechtsgeschäft selbst der unmittelbare Grund liegt, weshalb er die Proprietät nicht behalten durfte, l. 57. pr. D. 7. 1. — l. 35. D. 38. 2. — l. 26. pr. D. 33. 2. Eine durch Confusion erloschene Servitut wird wieder hergestellt, wenn Jemand ein ihm dienstbar gewesenes Grundstück ererbt, aber die Erbschaft an einen Andern verkauft hat, l. 9. D. 8. 4. — l. 2. §. 18. 19. D. 18. 4., oder wenn er die Erbschaft in Folge der Inofficiositätsquerel wieder verliert, l. 21. §. 2. D. 5. 2. — l. 22. C. 3. 28.,

§. 3. D. 34. 1. — Westphal de servitut. §. 523 b., vergl. Hoffmann die Lehre von Servituten Bd. I. S. 197. §. 59. Die herrschende und gewiß auch richtige Lehre ist aber nach dem Vorgange eines Duaren, Cujacius, Donell u. A. m. diese: Alle Realservituten können auch als personales vorkommen, und sind dann als usus und ususfructus zu behandeln. Auf dieser Wandelbarkeit des Charakters einer serv. realis in eine personalis beruht die Eintheilung der Realservitut in die sogen. regularis, wenn sie als Realservitut, und irregularis, wenn sie ausnahmsweise als personalis vorkommt, Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 291., v. Löhr Magazin Bd. III. S. 497., Hasse im Rhein. Mus. Bd. I. S. 73., neuerlich auch Zachariä von Lingenthal im civilist. Archiv Bd. XXVII. S. 1. über die sogen. irregulären Personalservituten, welcher diesen Kunstausdruck aus triftigen Gründen verwirft und noch mehrere einschlagende Nebenfragen principienmäßig erörtert. [Vergl. oben §. 111. Anm. *). — Cohnfeld Die s. g. irregulären Servituten nach Röm. Recht (1862), S. 44—47. erklärt sich gegen den Begriff der irreg. Serv. u. dessen praktische Tauglichkeit; vergebens suche Cujarius Resp. Papin. II. ad l. 4. D. 8. 3. die Nutzbarkeit zu erweisen; allen Anforderungen des practischen Bedürfnisses werde auf dem Wege obligatorischer Verbindlichkeiten begegnet, und wenn man heutzutage das Eigenthum zu entlasten suche, so sei es nicht an der Zeit, eine neue Klasse wirthschaftlich beschwerlicher Servituten einzuführen.]

---

§. 117.

6. Endigung der Servituten. — Revivisceuz.

Im Allgemeinen ist es unzweifelhaft, daß Servituten entweder auf freiwillige Art erlöschen können, durch Abtretung an den Eigenthümer der dienenden Sache, l. 8. pr. D. 8. 6. — l. 17. D. 8. 4. — l. 4. §. 12. D. 44. 4.,*) insbesondere beim ususfructus durch Dereliction, indem sich der Usufructuar von den Lasten, welche er vermöge des Nießbrauchs tragen muß, wenn sie ihm zu drückend werden, auf diese Weise zwar nicht in Ansehung der Vergangenheit, aber doch für die Zukunft befreien kann, l. 64. u. 65. D. 7. 1., oder unfreiwillig: durch den Untergang der

*) Vergl. jedoch die folgende Nr. 12a.

dienenden Sache, l. 2. D. 7. 1. — l. 5. §. 2. u. 3. l. 8 - 12. l. 23—26. l. 30. l. 31. D. 7. 4. — l. 9. pr. D. 8. 5. — durch den Untergang des herrschenden Guts bei Realservituten, l. 20. §. 2. D. 8. 2. — l. 13. pr. D. 8. 3., oder bei Personalservituten durch den Tod des Berechtigten, l. 3. §. 3. D. 7. 4. — l. 16 §. 2. l. 17. C. 3. 33. — l. 56. D. 7. 1., und wenn dieser eine jurist. Person ist, durch Zeitablauf von 100 Jahren, als dem längsten menschlichen Lebensalter, l. 56. D. 7. 1. — l. 8. D. 33. 2.*), ferner durch Confusion resp. Consolidation,**) l. 30. pr. D. 8. 2.

*) Ingleichen durch Vernichtung der Substanz, z. B. der Nießbrauch an einem Gebäude erlischt mit Zerstörung desselben, wenn gleich die area stehen bleibt, und revivisciert nicht wieder durch dessen Wiederaufbau, l. 5. §. 2. l. 10. §. 1. D. 7. 4.

Ob der usus fructus an Grund und Boden durch das Ueberbauen desselben erlösche, muß wohl nach den einschlagenden Gesetzstellen verneint werden, l. 5. §. 3. D. 7. 4. — l. 71. D. 7. 1. — l. 36. D. eod. Unterbrochen wird er allerdings, und es findet gegen den Eigenthümer actio ex testamento oder actio de dolo statt, der Usufructuar darf sich aber nicht die Verjährungszeit hindurch beruhigen. Wird während derselben das Gebäude wieder niedergerissen, so wird der Nießbrauch wieder hergestellt. Wird das mit serv. ususfr. belastete Grundstück in einen See verwandelt und verliert dadurch seine von der Natur erhaltene Bestimmung, so erlischt der ususfr. daran, l. 10. §. 2. l. 23. D. 7. 4., eben so wie wenn der Fluß sein Bett verläßt und das Grundstück dadurch zum Flußbett wird, l. 24. pr. D. 7. 4. Mit nachheriger Austrocknung des Sees lebt der Nießbrauch nicht wieder auf, l. 10. §. 3. D. 7. 4., denn er hat nun einmal von der Natur eine andere Bestimmung erhalten; nur vorübergehende Ueberschwemmungen heben den Nießbrauch nicht auf, l. 23. 24. D. 7. 4., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 318.

Der Nießbrauch an einer silva caedua im engeren Sinne erlischt, wenn die Bäume sämmtlich zu Grunde gehen, l. 10. §. 4. D. 7. 4.

Der Nießbrauch an einer einfachen beweglichen Sache hört durch Specification auf, l. 10. §. 5. D. 7. 4.; an einer Heerde, wenn so viel einzelne Thiere untergehen, als zum Begriff einer Heerde nöthig sind, l. 31. D. 7. 4. — vergl. l. 3. pr. D. 47. 14.; so auch an einem Viergespann, wenn ein Pferd davon zu Grunde geht, l. 10. §. 8. D. 7. 4.

**) Wenn der Usufructuar die Proprietät erworben hat, aber den Gegenstand hinterher wieder herausgeben muß, so lebt die Servitut gleichwohl nur dann wieder auf, wenn in dem Rechtsgeschäft selbst der unmittelbare Grund liegt, weshalb er die Proprietät nicht behalten durfte, l. 57. pr. D. 7. 1. — l. 35. D. 38. 2. — l. 26. pr. D. 33. 2. Eine durch Confusion erloschene Servitut wird wieder hergestellt, wenn Jemand ein ihm dienstbar gewesenes Grundstück ererbt, aber die Erbschaft an einen Andern verkauft hat, l. 9. D. 8. 4. — l. 2. §. 18. 19. D. 18. 4., oder wenn er die Erbschaft in Folge der Inofficiositätsquerel wieder verliert, l. 21. §. 2. D. 5. 2. — l. 22. C. 3. 28.,

— l. 17. l. 27. D. 7. 4. — l. 4. D. 7. 9. — l. 3. §. 2. D. 7. 2. — l. 1. D. 8. 6. — l. 27. D. 8. 3. — l. 8. §. 1. l. 18. D. 8. 1. — v. Bülow Abhandl. Thl. II. Abthl. I. S. 109., so auch, wenn das Eigenthumsrecht des Constituenten ex tunc aufgelöst wird, nach der Regel: resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis, l. 11. §. 1. D. 8. 6. — l. 105. D. 35. 1. — Glück Thl. X. S. 264.*), endlich durch non-usus in der gesetzlich bestimmten Zeit. Hinsichtlich des letzteren aber entsteht die Frage:

1) Wie viel Zeit ist erforderlich? und zwar mit oder ohne Unterschied, ob an beweglichen oder unbeweglichen Sachen? und ob die Ausübung nur in Zwischenräumen oder beständig möglich ist? und ist zur Freiheits-Ersitzung bona fides erforderlich?
2) Wie verhält es sich mit der Computationsart?
3) Geht das Recht der Servitut blos durch Nichtgebrauch schon verloren, oder muß noch usucapio libertatis auf der andern Seite hinzukommen?
4) Geht insbesondere der Nießbrauch, wenn ihn der Berechtigte einem Andern zur Ausübung überlassen hat, auch durch den non-usus des Stellvertreters, z. B. des Pachters, Käufers, Donatars oder negot. gestor verloren?
5) Geht der Nießbrauch auch dann verloren, wenn der Usufructuar wegen Widersetzlichkeit gegen die Verbindlichkeit zur cautio damni infecti den Fall herbeiführt, daß der Proprietar nun die Caution selbst leisten muß?
6) Kann der Nießbrauch auch durch den Verlust derjenigen Qualität, an welche das Recht geknüpft war, aufhören?
7) Kann auch der alternis annis vermachte Nießbrauch durch non-usus erlöschen?

---

nicht aber wenn der Verlust der Erbschaft in Folge der Indignität eintritt, l. 18. §. 1. D. 34. 9.

*) Zu bemerken ist hier noch, daß auch durch Eintritt der Zeit oder der Bedingung, auf welche die Constituirung der Servitut beschränkt worden ist, das Ende derselben herbeigeführt werden kann, s. l. 4. D. 8. 1. Servitutes quidem ipso jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt, sed tamen si haec adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Die serv. usus et ususfructus erlischt zwar regelmäßig mit dem Tode des Berechtigten; ist sie aber testamentlich auch auf dessen Erben erstreckt, so läßt sie l. 14. C. 3. 33. noch für die nächsten Erben gelten.

8) Gilt die für actio personalis ad petendum usumfructum, wenn nämlich der ususfructus nur versprochen, aber noch nicht constituirt ist, auch die 10—20jährige oder, wie bei den persönlichen Klagen, im Allgemeinen nur die 30jährige Verjährungszeit?

9) Wird durch theilweise Ausübung des ususfructus das Recht im Ganzen conservirt?

10) Kann eine Servitut aus dem Grunde des non-usus auch dann erlöschen, wenn zwar nicht der bestimmte, aber doch ein anderer als der bestimmte Gebrauch von der Sache gemacht worden ist?

10a) Wenn mir eine Realservitut auf zwei dienende Güter constituirt ist, geht sie mir dann, wenn ich sie nur auf Einem derselben exercirt habe, auf dem anderen durch non-usus verloren?

11) Wie müssen die Hindernisse beschaffen seyn, um den zur Erlöschung der Servitut durch langjährige Nichtausübung bestimmten Zeitablauf unschädlich zu machen?

12) Wird die Servitut dadurch aufgehoben, daß der Berechtigte in den Verkauf des dienenden Guts einwilligt?

12a) Wird das Recht einer Dienstbarkeit schon durch einseitigen Verzicht aufgehoben, oder muß die Acceptation von Seiten des andern Theils hinzukommen?

13) Sind die römisch-rechtlichen Grundsätze über Erlöschung der Servituten durch Nichtgebrauch auch auf die servitutähnlichen Rechte, welche in den deutschen Rechtsinstituten vorkommen, [insbesondere auf Reallasten] anwendbar, oder was ist zur Extinctivverjährung der letzteren erforderlich?

Reviviscenz.

14) Es ist allgemein angenommen, daß, wenn das dienende Gut ganz in das Eigenthum des herrschenden gelangt, und umgekehrt, die Servitut durch Confusion oder Consolidation erlösche, l. 18. D. 8. 1. — l. 27. D. 8. 3; erwerbe ich aber nur einen Theil des Gutes, welches mir oder welchem ich servitutpflichtig bin, so gilt der Grundsatz: non confundi servitutem, quia pro parte servitus retinetur, l. 30. §. 1. D. 8. 2. Ist die Servitut auf jene Weise durch Confusion erloschen, so kann sie in der Folge durch Trennung der Güter — wie allgemein gelehrt wird — nicht

von selbst wieder aufleben, l. 17. D. 7. 4. — l. 30. pr. D. 8. 2. Lassen sich aber nicht doch Ausnahmsfälle denken, in welchen auch durch Confusion keine gänzliche Erlöschung der Servitut bewirkt wird?

Zu 1) Ohne Unterschied zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen wird ein 10jähriger Zeitablauf unter Anwesenden, ein 20jähriger unter Abwesenden erfordert,*) l. 13. C. 3. 34. — l. 7. D. 8. 6., und ersterer verdoppelt, wenn die Servitut von der Art ist, daß sie nur zu gewissen Zeiten im Jahre, oder ein Jahr um das andere, oder wohl gar nur alle 3 Jahre ausgeübt werden kann, leg. cit.; doch wird hier nicht weiter auf Abwesenheit Rücksicht genommen, sondern der 20jährige Zeitraum gilt dann gleich gegen Abwesende, wie gegen Anwesende.**) Jene Verdoppelung findet übrigens nicht statt, wenn das Recht nur einen Tag um den andern, oder nur zu einer bestimmten Stunde des Tags ausgeübt werden kann, z. B. nur zur Tags- oder nur zur Nachtzeit, oder zwar nur einmal im Monat oder Jahr, aber an einem selbstbeliebigen Tage, s. Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 233., Thibaut Besitz und Verjähr. Bd. II. §. 59., Glück Thl. X. S. 267., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 156. (§. 101.)

Zur Freiheitsersitzung ist zwar bona fides, d. i. Unbekanntschaft mit dem Daseyn der Servitut, nach R. R. nicht erforderlich, nach canonischem Recht wird man sie jedoch für nöthig erkennen müssen, weil ihre Ausübung in einem Handeln bestehen muß, im canonischen Recht aber die Ansicht vorwaltet, daß man durch eine mit dem Bewußtseyn der Widerrechtlichkeit vorgenommene Handlung sich den Vortheil der Verjährung nicht verschaffen könne, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 333. [Unterholzner Verjährungslehre II. §. 233. a. E., v. Vangerow Pand. I. §. 357. a. E., Windscheid Lehrbuch I. §. 216. Anm. 10.; andrer Meinung ist Brinz Pand. I. §. 74.]

---

*) Doch schadet solchen Personen, welche sonst in Rücksicht ihrer Person bei der Verjährung privilegirt sind, z. B. Kirchen rc., nur die 30—40jährige Verjährung, Nov. 131. c. 6., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 156. S. 376.

**) Daß (nach Westphal de lib. et serv. praed. §. 883.) gegen Abwesende eine Zeit von 40 Jahren oder wohl gar unvordenkliche Zeit erfordert werde, ist eine von keinem Gesetz unterstützte und daher allgemein verworfene Meinung, s. Kori Theorie der Verjährung §. 97. not. 479., Thibaut a. O., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 181.

Zu 2) Die Zeit wird fortlaufend (continue) berechnet, daher nur im Wege der Restitution Hülfe gesucht werden kann, wenn während der Verjährungszeit durch Naturhindernisse oder Zwang die Ausübung unterbleiben mußte, l. 14. pr. D. 8. 6. — Unterholzner a. a. O. Die Verjährung durch non-usus wird als vollendet angenommen, wenn der letzte Tag abgelaufen ist; wogegen zur usucapio libertatis schon die Erreichung desselben genügt, v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 357. no. 3. Ueber usucapio überhaupt s. v. Madai Beitr. zur Dogmengeschichte des gem. Civilr. und Hameaux die usucapio und longi temporis praescriptio, eine historisch-dogmatische Erläuterung der l. un. C. de ususcap. transf. (7. 31.)

Zu 3) Viele behaupten, alle Servituten*) gingen durch bloßen Nichtgebrauch verloren, s. außer den bei Glück Thl. X. §. 689. not. 48. angeführten Autoren auch noch v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 156. (§. 101.), Stever de serv. cap. 8. §. 2. u. 4.; Andere dagegen, es sey immer nöthig, daß usucapio libertatis noch hinzukomme, s. Höpfner Instit. Comment. §. 368., Klein merkw. Rechtsspr. der Halleschen Juristenfacultät Bd. II. S. 89., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 292. not. m., Konopak Institt. §. 294., v. Buchholtz Versuche S. 193., Müller Promtuar. jur. Vol. VI. pag. 694. not. 1., Rave doctrin. de praescr. §. 109., Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. Obs. 188. Der Grund der verschiedenen Meinungen liegt in der verschiedenen Combinations- und Erklärungsart der l. 16. C. 3. 33. und l. 13. C. 3. 34. In der ersteren Stelle heißt es: „der Nießbrauch soll durch Nichtgebrauch nicht verloren gehen, sondern nur durch den Tod des Nießbrauchers und den Untergang der Sache selbst, da ja viele und unzählige Umstände in Bezug auf die Sachen der Sterblichen eintreten, in Folge welcher die Menschen das, was sie haben, nicht behalten können. Es wäre aber sehr hart, wenn man in solchen Fällen das, was man einmal besessen hat, verlieren sollte, es müßte denn etwa eine solche Einrede dem Nießbraucher entgegengesetzt werden, welche ihn, auch wenn er das Eigenthum einer Sache in Anspruch nehmen wollte, ausschließen würde, gleichviel ob er gegenwärtig oder abwesend wäre." Hieraus scheint nun Folgendes hervorzugehen:

„Sowie zur Verjährung des Eigenthums erfordert wird, daß der Andere sich im Besitz unserer Sache befinde, so könne auch eine Ser-

*) Ein interessanter Rechtsfall über Servitutenverjährung nebst Erkenntniß der Rostocker Juristenfacultät findet sich in Elvers praktischen Arbeiten, Rostock 1836.

vitut durch Verjährung nur dann verloren gehen, wenn der Andere sich im Besitz eines, dem Servitutverhältniß entgegengesetzten Zustandes, also in usucapione libertatis befände." Dagegen sagt Justinian in l. 13. C. 3. 34.: „er habe die vorhin bestandene ein= bis zweijährige Verjährungszeit des ususfructus durch Nichtgebrauch aufgehoben: non passi sumus, hujusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et *in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus*, **ut omnes servitutes non utendo amittantur** non biennio, quia tantum soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, explosis differentiis." Hier scheint demnach ausdrücklich gesagt zu seyn: nachdem der zur Extinctivverjährung erforderliche Zeitraum zweckmäßig verlängert worden ist, so steht nichts mehr dem Grundsatz entgegen, alle Servituten ohne Unterschied der Verjährung durch Nichtgebrauch zu unterwerfen. Diese scheinbaren Gegensätze lassen sich wohl am leichtesten durch die von den meisten älteren und neueren Rechtslehrern gebilligte Ansicht vermitteln: „Justinian habe in den angeführten Gesetzstellen durchaus nichts weiter als den Zeitraum abändern wollen, im Uebrigen aber Alles beim Alten belassen; somit bestehe auch noch der ältere Unterschied, daß zur Erlöschung der serv. urbanae auch usucapio libertatis nöthig, bei den anderen Realservituten und den Personalservituten aber nicht erforderlich sey, sondern diese solo non-usu verloren gehen."*)

Der Unterschied geht von selbst aus der Natur der verschiedenen Servituten hervor. Nothwendig muß nämlich für die belastete Sache ein Zustand der Freiheit eingetreten seyn, um die Aufhebung der Dienstbarkeit durch Extinctivverjährung zu bewirken. Dieser entsteht bisweilen schon dadurch, daß die Ausübung der Servitut unterbleibt, also durch non-usu, in anderen Fällen aber manifestirt sich der Zustand der Freiheit nur durch eine der Servitut entgegenwirkende Thatsache. Das Erstere ist bei den Rusticalservituten und dem Nießbrauch, das Letztere bei den serv. praed. urbanorum der Fall. Bei diesen nämlich erscheint die Freiheit durch eine sich äußerlich an der Sache darstellende Qualität; z. B. durch das erhöhte Gebäude tritt das Nichtbestehen der serv. altius non tollendi, durch Schließung des Loches, welches der Nachbar vermöge der serv. tigni immittendi in unserer Wand hatte, tritt die nunmehrige Freiheit dieser von der Servitut vor Augen,

*) Die habitatio macht bekanntlich vermöge ihrer Singularitäten eine Ausnahme, indem sie keiner Verjährung unterworfen ist, l. 10. pr. D. 7. 8, sowie das besonders begünstigte iter ad sepulcrum.

sowie auch bei allen den zur Ausübung einer gewissen Servitut nöthigen Vorrichtungen sich durch die Entfernung derselben der Besitz der Freiheit von solcher Servitut manifestirt.*) Hingegen bei den Rustical- und Personalservituten schien ein auf solche Weise augenfällig ausgeprägter, der Servitut entgegenstehender Zustand oft gar nicht möglich, indem die Freiheit oder Unfreiheit keinen veränderten Zustand der Sache selbst in sich schließt, Paulli rec. sent. l. 17. 1. Die legislative Klugheit gestattete aber nicht, deshalb diese Servituten von dem Untergang durch Zeitablauf gänzlich zu befreien und hier gerade der Freiheit des Eigenthums weniger Gunst widerfahren zu lassen, s. Puchta Cursus der Institutionen Bd. II. S. 787., Unterholzner Verjährungslehre Thl. II. §. 213., Luden von den Servituten S. 231., Thibaut System §. 1026. (Ed. 8.), Schweppe röm. Privatr. Thl. II. §. 310., Schilling Lehrb. f. Institt. §. 201., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 357. not. 1., Dabelow System d. gesl. heut. Civilr. §. 1547., Glück Thl. X. §. 689. S. 265., Seuffert's Archiv VIII. No. 349. Nach v. Savigny's Theorie kann die Rückusucapion der vom Eigenthum losgetrennten Bestandtheile (jura in re) bewirkt werden:

1) bei affirmativen Servituten, bei denen die Beschränkung des Eigenthums in einem pati besteht, dadurch, daß sich der Berechtigte seines Rechts nicht bedient.
2) bei negativen Servituten, bei denen die Beschränkung in einem non faciendo des Dienenden besteht, dadurch, daß der Dienende das thut, was er eigentlich nicht thun dürfte (usucapio libertatis).
3) bei positiven Servituten, die auf einer Anstalt beruhen, muß diese Anstalt gänzlich entfernt seyn, wenn der non-usus von Wirkung seyn soll, und dazu ist auch eine Handlung des An-

*) Entfernt nicht nur der Servitutberechtigte selbst die Vorrichtung, sondern verändert er zugleich das herrschende Gebäude auf eine solche Art, in welcher die Ausübung der Servitut unmöglich wird, und setzt diesen Zustand 30 Jahre lang fort, so muß wohl dasselbe gelten, z. B. A. hatte einen Schafstall mit einem Querdach, dessen Trause das Grundstück des B. aufnehmen mußte. Er bricht ihn aber ab und baut einen andern, dessen Tropfenfall nach seiner veränderten Construction auf sein Eigenthum nothwendig gerichtet ist, nach 30 Jahren will er ihn wieder auf die frühere Art bauen. Gewiß kann hier der Nachbar die Einrede der Verjährung entgegensetzen. Madihn in den Miscellen Bd. I. S. 51. glaubt hierin ein Beispiel zu finden, daß auch servit. urbanae solo non-usu verjähren können; hier ist aber nicht bloß non-usus, sondern usucapio libertatis durch Begehung der Servitutberechtigten, s. Glück Thl. X. S. 267. no. 1.

dern erforderlich, welche die Möglichkeit des erneuerten usus aufhebt, l. 6. D. 8. 2.*) Mehreres s. Heimbach Rechtslex. Bd. X. S. 257. u. 324. [Seuffert Pand. §. 180. l., Brinz Pand. I. S. 279., Wirth die libertatis usucapio (1854), S. 8., Elvers Servitutenlehre §. 40. und Windscheid Lehrbuch I. §. 216. Anm. 2.]

Zu 4) Der Regel nach ist diese Frage zu bejahen: doch leidet es eine Einschränkung, wenn ich Jemandem den ususfructus verkauft oder verpachtet habe. Da schadet mir der non-usus meines Käufers oder Pächters nicht, weil ich meinen Besitz durch den Bezug des Kauf- oder Pachtgeldes fortwährend erhalte, qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui re principali utitur fruitur, l. 39. D. 7. 1. Anders ist es dagegen, wenn ich den Nießbrauch verschenkt habe, quodsi donavero, non alias retineo, nisi ille utatur, l. 40. D. 7. 1. Auch dann, wenn ich den Nießbrauch an den Proprietar verpachtet habe, und dieser das Grundstück ohne Vorbehalt des Nießbrauchs verkauft, verliere ich denselben, ungeachtet mir der Proprietar den Pachtzins bezahlt: denn der Käufer nutzt dann nicht das Grundstück auf den Namen des Usufructuars, sondern besitzt es auf seinen Namen, l. 29. pr. D. 7. 4. — Glück Thl. IX. S. 374.

Zu 5) In diesem Falle kann der Proprietar den Nießbrauch einziehen, l. 9. §. 5. l. 10. D. de damno infecto (39. 2.), Glück Thl. IX. §. 641 b. Ohne hinlängliche Gründe dissentirt hier v. Wening-

---

*) Nicht ohne Interesse dürfte eine Vergleichung verschiedener neuerer Gesetzgebungen in dieser Beziehung seyn. Das Oesterreichische Gesetzbuch §. 1488. läßt Servituten in 3 Jahren erlöschen, wenn der verpflichtete Theil sich der Ausübung widersetzt, und der Berechtigte sein Recht so lange nicht geltend gemacht hat, in 30 Jahren aber durch bloßen Nichtgebrauch, s. Zeiller's Commentar Bd. IV. S. 247. Napoleon's Code civil basirt auf dem ihm eigenen Unterschied zwischen servitudes continûes, d. i. solchen, deren Nutzung fortdauernd ist, oder seyn kann, ohne daß eine jedesmalige Handlung der Person nothwendig ist, z. B. das Recht der Traufe, Aussicht, Wasserleitung u. dergl., und discontinûes, d. i. solchen, zu deren Ausübung eine Handlung des Berechtigten nöthig ist, z. B. Durchgangs-, Weiderecht, Recht, Wasser zu schöpfen rc., Art. 688., und nun bildet er die Regel: la servitude est éteinte par le non usage de trente ans, les trente ans commencent à courir selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour, où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinûes, ou du jour, où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continûes. — Im Preußischen allgemeinen Landrecht beruht die verschiedene Behandlung vorzüglich auf dem Institut der Hypothekenbücher. Thl. I. Tit. 19. §. 29. Tit. 22. §. 49.

Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. §. 156. (§. 105.), indem er die angeführten Gesetze nur von Zwangsmitteln gegen den Usufructuar erklären will, während sie doch den Proprietar ausdrücklich zur Entziehung des Usufructus unbedingt und nicht blos interimistisch berechtigen.

Zu 6) Allerdings. Man setze z. B. den Fall: es sey dem Testamentserben der Nießbrauch an einer, einem Andern vermachten Sache vom Testator vorbehalten worden, und das Testament wird auf eine Weise umgestoßen, welche nicht auch zugleich die Legate kraftlos macht, so cessirt der ususfructus, s. Glück Thl. IX. §. 641 b., vergl. l. 46. pr. D. 7. 1.

Zu 7) Hierüber haben die Gesetze den eigenthümlichen Grundsatz angenommen, daß jeder Zeitabschnitt als eine besondere Servitut anzusehen sey. Wenn z. B. der ususfructus für einzelne Tage, Monate oder Jahre vermacht ist, so wird er nicht mit einem Male im Ganzen erworben, sondern das Recht des Legatars nimmt immer erst mit jedem neuen Termin seinen Anfang. Da nun mit jedem Termin gleichsam ein neues Legat erst anfällt, so kann ein solcher Nießbrauch auch nicht durch bloßen Nichtgebrauch verloren gehen, l. un. pr. D. 7. 3. — l. 28. D. 7. 4. — l. 13. D. 33. 2. Das Recht kann daher nur in 30 Jahren erlöschen, wenn es dem Usufructuar streitig gemacht worden ist, und dieser sich dabei beruhigt hat; s. Thibaut Besitz und Verjährung Bd. II. §. 58., Roßhirt Vermächtnisse Bd. II. S. 185., Unterholzner Verjährungslehre II. §. 233.

Zu 8) Einige Rechtslehrer halten zwar hier nur die 30jährige Verjährung für platzgreifend, s. Hellfeld Jurispr. for. §. 641., Bave Doctr. de praescript. §. 115. no. 4., Westphal de libert. et serv. praed. §. 884., die Meisten aber folgen den klaren Worten der l. 16. §. 1. C. 3. 33., wonach auch die act. person. ad petend. usumfr. schon in 10—20 Jahren verjährt, Glück Thl. IX. S. 378.

Zu 9) Da die Servitut des Nießbrauchs — abweichend von anderen Servituten — theilbarer Natur ist, so kann sie durch theilweisen Nichtgebrauch allerdings auch theilweise verloren gehen, l. 5. D. 7. 1. — l. 14. l. 25. D. 7. 4., gleichwie sie theilweise eingeräumt werden kann. Doch findet dabei eine milde Auslegung statt, wenn wenigstens der Wille in seiner möglicher Weise größeren Ausdehnung nicht aufgegeben ist, z. B. wenn Derjenige, welchem usus und ususfructus zustand, nur den usus ausgeübt hat, so ist dadurch auch der ususfructus conservirt, l. 20. D. 7. 4. Si quidem sciens, se usumfructum habere, tantum uti velit, nihilominus et frui videtur. Si vero ignoret, puto eum

amittere fructum: non enim ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere, Glück Thl. IX. S. 376., Seuffert's Archiv X. No. 233.

Zu 10) Diese Frage ist bejahend entschieden in l. 10. §. 1. D. 8. 6. Si is, qui *nocturnam* aquam habet, *interdiu* per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutem, qua usus non est. Idem est in eo, qui certis horis aquae ductum habens aliis usus fuerit, nec ulla parte earum horarum. Er verliert demnach die Servitut, welche er hatte, kann aber auch eine andere dagegen erwerben, wenn alle gesetzlichen Bedingungen zur Ersitzung vorhanden sind, Glück Thl. IX. S. 57. rc. Thl. X. S. 268., v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 377.

Zu 10a) Die Untheilbarkeit des Rechts entscheidet wohl auch hier für dessen Conservation auch durch nur theilweisen Gebrauch, s. l. 31. D. 8. 3. — demnach geht eine über mehrere Grundstücke sich erstreckende Servitut dadurch nicht verloren, daß ich sie innerhalb der betreffenden Zeit nur auf einem einzelnen Grundstück ausgeübt habe, l. 18. D. eod. — l. 6. l. 9. D. 8. 6. — Hoffmann Lehre von Servituten §. 30., eben so, wie wenn ich die Servitut nur auf einem Theil eines dienenden Grundstücks ausgeübt habe. So auch, wenn der Berechtigte nur eines von mehreren mit einer Wegservitut belasteten Grundstücken eigenthümlich erwirbt, bleibt die ganze auch dieses umfassende Servitut bestehen, l. 15. D. 8. 5. — l. 31. D. 8. 3.

Zu 11) Daß rechtliche Hindernisse vollgiltig sind, liegt außer Zweifel, und nur von diesen gilt das agere non valenti non currit praescriptio, z. B. bei Pupillen, bei Haussöhnen rücksichtlich der Adventitien, bei Ehefrauen in Betreff des fundus dotalis während der Ehe. Sind es aber faktische Hindernisse, so läßt sich dies nicht behaupten. Selbst bei unabwendbaren Naturhindernissen [z. B. Ueberschwemmung, Austrocknung] ist zur Abwendung des Verlusts der Servitut ein außerordentliches Hilfsmittel, nämlich restitutio in integrum erforderlich, l. 34. §. 1. l. 35. D. 8. 3. — l. 1. §. 9. D. 43. 19. — l. 14. pr. D. 8. 6. — Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 231. IV., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 156. (§. 101.), und da diese nur ex aequitate ertheilt wird, so muß die Gebrauchsunterlassung durchaus nicht imputabel seyn. Seuffert's Archiv VIII. No. 349. Hätte z. B. der Weideberechtigte die Ausübung der Weideservitut blos deswegen unterlassen, weil er 10 Jahre lang kein Vieh hielt, so wäre gleichwohl die Servitut erloschen, und er könnte nur dann restituirt werden, wenn er z. B. wegen Kriegszeiten

u. dergl. durchaus kein Vieh hätte halten können, Struben rechtl. Bedenken Thl. III. no. 43. §. 3., Gottschalk Disc. for. T. III. pag. 153., Malinckrott D. de praescr. serv. extinct. Jenae 1788. §. 5., Curtius Handb. des in Kursachsen geltenden Civilr. Thl. II. §. 1020. [Besitzhandlungen, selbst Berechtigter, stehen, wenn sie ohne Bewußtseyn eines Rechts geschehen, der Nichtausübung gleich, l. 20—25. D. 8. 6., Unterholzner Verjährungslehre §. 231., Seuffert's Archiv VIII. No. 349.]

Zu 12) Im Allgemeinen geht die Servitut nur durch Einwilligung in etwas, wodurch deren Ausübung für immer unmöglich würde, verloren; bei der serv. ususfructus aber wird die Einwilligung in den Verkauf des in usumfructum gegebenen Guts als ein Verzicht auf deren fernere Ausübung angesehen, l. 4. §. 12. D. 44. 4. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 156. (98.)

Zu 12a) Bei den persönlichen Servituten ist, da sie mit Verbindlichkeiten eng verbunden sind, ein einseitiger Verzicht, wie Fritz im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 392. bemerkt, nicht wohl denkbar; denn obgleich der Usufructuar den Ususfruct, wenn ihm die Lasten zu schwer werden, von sich ablehnen kann, so kann er dies doch nur pro futuro, nicht pro praeterito. Bei den dinglichen Servituten ist das in den Gesetzstellen vorkommende cedere domino statt des alten cedere in jure gebraucht, welches ein zweiseitiger Act war. Stillschweigen des Servitutberechtigten zu einer die Ausübung der Servitut unmöglich machenden Handlung bringt zwar den Verlust des Quasibesitzes mit sich, ist aber nicht als Remission anzusehen, l. 5. D. 8. 2. — l. 6. §. 1. D. 8. 5. — Heimbach i. Rechtslex. Bd. X. S. 322. Dafür hält Fritz a. a. O. auch die Analogie des Pfandrechts und des Rechts der Forderungen für bedeutsam.

Zu 13) Man ist wohl darüber einverstanden, daß die römische Servitutenlehre nicht unbedingt auf deutschrechtliche Reallasten, welche gewöhnlich in einem facere oder praestare bestehen, anwendbar sey, Thibaut Besitz und Verj. Bd. II. §. 60., Spangenberg prakt. Erörter. Bd. I. S. 328. Unbestritten ist übrigens nur, daß sie durch Nichtgebrauch in unvordenklicher Zeit erlöschen; streitig hingegen, ob eine praescriptio definita überhaupt stattfinde, s. Valett in der jurist. Zeitung f. d. Königr. Hannover 1827. S. 94 2c., und, wenn sie angenommen werden muß, wie von den Meisten anerkannt ist, ob ein 30—40jähriger Nichtgebrauch genüge, wie Leyser Sp. 420. Med. 1. bezüglich l. 3. C. 7. 39. in Ansehung der Frohnen behaup-

tet,*) oder nur eine qualificirte Verjährung, nämlich Usurpation der Freiheit auf einer und Acquiescenz auf der andern Seite während dieses Zeitraums das Erlöschen des Rechts an einer fremden Sache bewirken könne, wie besonders Thibaut Besitz und Verj. Bd. II. §. 60. annimmt; s. ferner Kind Qu. for. T. I. Cap. 70. T. III. Cap. 18., Gründler Polemik des germanischen Rechts Bd. I. S. 340., Berger Oecon. jur. pag. 155. no. 12., Danz zu Runde §. 502. S. 230., Spangenberg a. a. O., Gottschalk Discept. for. T. II. Cap. 6. pag. 57., Maurenbrecher deutsch. Privatr. §. 224.; auch Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 167. S. 450., ungeachtet seine eigene Meinung divergirt, sowie Spangenberg a. a. O. erklären das für die gewöhnliche Meinung, s. Pfeiffer neue Sammlung bem. Entscheid. Bd. III. no. 74., Hofacker princ. jur. civ. T. II. §. 871., Hagemann Landwirthschaftsr. §. 245., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 224. T. II. Obs. 71.

Gegen die herrschende Meinung, daß das Recht auf Reallasten nicht durch bloßen Nichtgebrauch verloren werde, erklärt sich neuerlich Duncker v. d. Reallasten §. 33., der Eichhornschen Ansicht sich größtentheils anschließend. Er sagt nämlich, die l. 7. §. 6. C. 7. 39. sey nicht anwendbar, weil diese blos Leistungen aus Obligationsverhältnissen zum Gegenstand habe; ein dingliches Recht aber, wie das der Reallasten, müsse durch die act. confessoria geltend gemacht werden. Diese Klage könne angestellt werden, sobald der Dienstpflichtige mit der ersten Leistung im Rückstand bleibt, sie müsse also auch von dieser Zeit an in 30 Jahren verjähren, vorausgesetzt, daß der Berechtigte sich während dieser Zeit in der Lage befunden hat, sein Recht ausüben zu können. Man könne auch nicht einwenden, daß für die folgenden praestationes annuae noch gar nicht actio nata sey; denn schon bei der ersten ausbleibenden Leistung müsse die Klagbitte zunächst auf Anerkennung des Rechts, und folgeweise auf demselben gemäße Leistung gerichtet werden. Die Verjährung müsse daher in demselben Umfange wirksam werden, in welchem die Klage angestellt werden konnte. Duncker stimmt hiernach ganz mit der oben zur Fr. 3. gegebenen Erörterung der erlöschenden Verjährung der Servituten überein.

Was dagegen als die herrschende Meinung angezeigt ist, daß

*) Auch Mittermaier im deutsch. Privatr. Bd. I. §. 198. (178.), jedoch, weil Frohnen nur auf Ansagen geleistet zu werden brauchen, verbunden mit der Nachweisung, daß der Berechtigte die Verjährungszeit hindurch öfter in der Lage war, Frohndienste zu fordern, und daß er sie doch nicht forderte, s. auch Schmidt öffentl. Rechtsspr. S. 323.

nämlich das Recht auf Reallasten nicht durch bloßen Nichtgebrauch verloren werde, wird — und zwar nur weil es herrschende Meinung ist — anerkannt durch ein Erk. des O.=A.=G. in Stuttgart, s. Tafel auserlesene Civilrechtssprüche Bd. I. H. 2. S. 153. Dagegen aber hat sich gewiß mit besserem Grund das O.=A.=G. in München ausgesprochen (s. Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIII. S. 261.) und folgende Gründe geltend gemacht: da die Verjährung aus dem römischen Recht in die deutschen Rechtsinstitute übertragen ist, so müssen auch die Grundsätze über Erwerb und Verlust der Incorporalrechte durch Verjährung nach den darin statuirten Verschiedenheiten und Modalitäten in Anwendung gebracht werden. Nach Analogie der serv. praed. urban. können die deutschrechtlichen Reallasten unmöglich behandelt werden, vielmehr paßt das Verhältniß der Rusticalservituten vollkommen auf sie, indem auch bei ihnen die Eigenschaft einer in Zwischenräumen wiederkehrenden Ausübung des Rechts vorkommt, worin eigentlich der Grund liegt, warum bei ihnen der bloße Nichtgebrauch zur erlöschenden Verjährung hinreicht, indem sich hier aus der bloßen Unterlassung der Rechtsausübung in einer bestimmten Zeit auf einen Verzicht des Berechtigten schließen läßt, Glück Thl. X. S. 267. — Hiernächst wird sich auf dasjenige bezogen, was der von uns schon angeführte Duncker Lehre von den Reallasten Abschn. III. §. 32. und Wolff Lehrb. d. gem. deutsch. Privatr. §. 127. not. 284. über die Unanwendbarkeit der von den Anhängern der entgegengesetzten Ansicht geltend gemachten l. 7. §. 6. C. 7. 39. gründlich ausgeführt haben.

[Auch nach Bluntschli Deut. Privatr. §. 92. No. 5. geht das Recht auf die Reallast durch Verjährung unter, aber nur wenn der Pflichtige die Leistung verweigert und der Berechtigte sich dabei 30 Jahre lang beruhigt hat, während die Forderung auf eine einzelne Leistung (nach 30 Jahren) auch ohne besondre Weigerung der Leistung verjähre. Dagegen wird jede servitutenähnliche Verjährung abgewiesen von v. Gerber System §. 171. a. E. und nur eine Klagenverjährung angenommen, doch mit doppelter Wirkung: 1) so daß das Klagrecht für den einzelnen bestimmten Fall erlösche und 2) daß das Klagrecht im Ganzen erlösche, wenn 30 Jahr verstrichen sind. Dieser Ansicht schließen sich an Schirmer in s. Ausgabe von Unterholzner's Verjährungslehre II. §. 235. Anm. 675. und Friedlieb Rechtstheorie der Reallasten S. 331. 349., Letzterer mit der kaum haltbaren*) Hinzufügung, daß die Klagenverjährung eine

*) Vergl. oben Bd. I. §. 19. zu Fr. 16. (S. 219. 220.)

naturalis obligatio übrig lasse. Vergl. noch Gengler Lehrb. d. deut. Privatr. §. 71. Anm. 33. und §. 74. S. 304., Beseler System III. S. 139. 142.; Seuffert's Archiv I. No. 185. II. No. 18. 126. 182. V. No. 6. VI. No. 232. IX. No. 201. 323. XIV. No. 117.]

Zu 14) Die Servitut revivis cirt, wenn die Confusion durch einen nur auf gewisse Zeit begründeten Erwerb bewirkt ward, l. 18. D. 8. 1. — l. 7. §. 1. l. 9. D. 8. 4. — l. 7. §. 1. D. 23. 5. — l. 2. §. 18. D. 18. 4. Siegel D. an servitus confusione extincta fundo servienti alienato reviviscat. Lips. 1725., Thibaut System §. 768. (Ed. 8.), z. B. wenn der Besitzer eines Lehnguts ein dem Lehngut dienstbares Allodialgrundstück erwirbt, so erlischt dadurch die Realservitut nicht schlechthin, sondern nur in Beziehung auf den Vasallen und auf die Zeit, wie lange er und seine lehensfähige Descendenz das Lehngut besitzt. Der Lehnsherr und die Mitbelehnten aber sind dadurch der dem Lehngut gegen das Erbgrundstück zuständigen Servitut nicht verlustig geworden, sondern von der Zeit an, wo ihnen das Lehn anheimfällt, zur Ausübung derselben berechtigt, Kori Erörterungen Thl. III. S. 73., J. G. Bauer Opusc. T. II. no. 49. pag. 32., Zachariä Handb. des Königl. Sächs. Lehnrechts §. 141. u. 150.

Aber auch bei Gegenständen des vollen Eigenthums, welche durch Consolidation in Eine Hand kommen, läßt sich der Fall denken, daß die Servitut nicht für immer aufhöre, wenn nämlich auch während der Consolidation das eine praedium dem andern durch eine äußere bleibende Einrichtung wirklich fortgedient hat, z. B. bei der serv. oneris ferendi, tigni immittendi etc. Verkauft dann Derjenige, welcher den Besitz beider praedia in sich vereinigt hat, eines derselben wieder, ohne die die Dienstbarkeit vermittelnden Anstalten aufzuheben, so tritt kraft stillschweigender Einwilligung die Fortdauer der Servitut ein, Kori a. a. O.

---

§. 118.

7. Rechtsmittel bezüglich der Servituten.

a) petitorische.

Es ist allgemein angenommen, daß die actio confessoria von dem angeblich Servitutberechtigten, utiliter auch vom Emphyteuta und Superficiar, sowie von dem im Besitz des servitutberechtigten Grundstücks befindlichen Pfandgläubiger, s. l. 16. D. 8. 1. — l. 3. §. 3. l. 9. D. 39. 1., dagegen die negatoria von dem Eigen-

thümer der angeblich dienenden Sache direct, utiliter aber auch von den eben bezeichneten Subjecten angestellt werde.*) [Bei der Rechtsgemeinschaft gilt der Grundsatz, daß kein Theilhaber ohne Zustimmung der Uebrigen eine Verfügung über das Ganze treffen darf; l. 11. D. 8. 5. Hieraus wird der Satz abgeleitet, daß die actio negatoria, welche hier von Manchen auch als actio prohibitoria (s. Zachariä i. d. Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XII. S. 258 ff.) bezeichnet wird, unter Mitberechtigten stattfinde. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1855. S. 59., Seuffert's Archiv IX. No. 268.] Es ist auch wohl unbestreitbar, daß in der Negatorienklage eigentlich schon durch die Behauptung des Eigenthums der Klaggrund erschöpft werde, mithin consequent die Beweislast auch nur auf die Behauptung des Eigenthums fallen könne, wenn dieses geleugnet ist, s. Puchta im Rhein. Museum Bd. I.

*) Eine abweichende Meinung geht dahin, daß die act. confessoria überhaupt von Demjenigen angestellt werde, welcher für sich das Recht zu positiven Befugnissen in Anspruch nimmt, die act. negatoria aber von Demjenigen, welcher intendirt, der Gegner dürfe etwas nicht thun, — oder die erstere werde von dem angeblichen dominans, wenn er die Existenz einer affirmativen, und auch von dem serviens, wenn er die Nichtexistenz einer negativen Servitut behauptet, angestellt, und eben so werde die negatoria theils von dem dominans, theils von dem serviens angestellt, von jenem, wenn er die Existenz einer negativen, von letzterem, wenn er die Nichtexistenz einer affirmativen Servitut behauptet, s. Fritz Erläuterungen zu Wening-Ingenheim Lehrb. S. 359., Veltheim D. de act. confess. et negatoria. Kil. 1822., s. dagegen v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 353. not. 1. Es ist übrigens allgemein anerkannt, daß die negatorische Klage nicht auf die Fälle von Servitutenanmaßung allein, sondern gegen alle partielle Eingriffe in die Eigenthumssphäre Platz greift, l. 14. §. 1. D. 8. 5., vergl. mit l. 26. D. 8. 2. — l. 8. §. 5. l. 13. l. 17. pr. D. 8. 5. — l. 2. D. 43. 27. — l. 6. §. 2. D. 47. 7. Zu verwerfen ist aber dieselbe, wenn darüber Streit entsteht, ob Jemandem das volle Eigenthum einer Sache zukomme, oder nicht; hier kann die negatorische Klage — sie sey directa oder utilis — nicht stattfinden, indem deren Grund immer in der Verneinung eines besonderen Rechts, nicht des Eigenthumsrechts, beruht, welches der Beklagte sich anmaßt, s. Tafel auserlesene Rechtssprüche rc. no. 35. S. 178., Lehnsansprüche auf Gemeindegerechtigkeiten betr.

[Für den Grund der actio negatoria ist es unerheblich, ob der Eingriff von dem Beklagten aus ganz unmotivirter Anmaßung oder in Behauptung eines Rechts ausgeführt wurde. Für die Klage ist nur wesentlich, daß Kläger ein Recht des Beklagten zur Vornahme der Handlung, welche die Klage veranlaßt hat, nicht anerkennt, nicht aber, daß Beklagter ein solches Recht sich zuschreibt. Juristenfakultät zu Würzburg. Seuffert's Archiv VIII. No. 94. O.-A.-G. zu Kiel ebendas. IX. No. 267.]

S. 165. ꝛc.; indessen wird die Frage über die Beweislast doch dann zweifelhaft gemacht, wenn sich derjenige, welcher eine Beschränkung des Eigenthums behauptet, wirklich im Besitz des behaupteten Dienstbarkeitsrechts befindet. Es fragt sich daher:

1) Wem liegt in diesem Falle der Beweis ob?

Es lassen sich hier zwei Fälle denken, entweder

a) es ist in einem vorhergegangenen Besitzstreit demjenigen, welcher die Servitut behauptet, der Besitz zuerkannt worden, oder

b) der Besitz desselben ist überhaupt unbestritten.

---

ad a) Darüber, daß der Sieg in possessorio summariissimo nichts an der regelmäßig dem Beklagten zufallenden Beweislast des von ihm behaupteten Servitutrechts ändern könne, herrscht wohl kein Zweifel; dagegen aber darüber, ob der in possessorio ordinario für das wirkliche Bestehen der Servitut errungene Sieg den Beweis der Freiheit auf den Kläger wälzen soll. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 353. not. 2. erklärt diese Meinung für die schlechteste, weil ja in possessorio nur de possessione, nicht auch de jure verhandelt wurde. Damit stimmt auch überein ein Erk. des O.-A.-G. in Bayern, s. Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XX. S. 182.

Wohl scheint es hier, wie auch

ad b) nach der Ansicht vieler Rechtsgelehrten hauptsächlich auf die Frage anzukommen, ob die praesumtio pro possessore das Uebergewicht über die praesumtio pro libertate habe, und da stimmen denn Viele *) zu Gunsten der Ersteren, woraus folgt, daß der Kläger die Freiheit seines Eigenthums beweisen müßte; nicht so Glück Thl. X. S. 252., welcher sogar bezeugt, daß der Grundsatz: „wer eine Servitut behauptet, müsse allemal dieselbe beweisen, er mag sich nun im Besitz derselben befinden oder nicht," seit Accursius die meisten Anhänger gehabt habe, von welchen er namentlich Wernher, Walch, Hugo,

---

*) S. die bei Glück Thl. X. S. 252. not. 4. angeführten Schriftsteller, welchen noch beizufügen sind: Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 314., Thibaut System §. 371 (Ed. 8.), Gambsaber in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 133., Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 205., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 151., Seuffert civilist. Erörter. no. 1., Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. 1. S. 155., Luden Lehre v. d. Servituten S. 277., Weber Beitr. zur Lehre von Klagen u. Einreden Stck. 2. u. 3. no. 16., W. H. Puchta von gerichtl. Klagen §. 86. no. 5., Reuter in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XII. S. 446.

v. Savigny, Zachariä, Gebrüder Overbeck u. A. anführt, so auch Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 296., Warnkoenig Comm. jur. rom. priv. T. I. pag. 475., Kori im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 98., Heffter in seiner Ausgabe v. Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 284., Löhr Magazin Bd. III. S. 507., Borst v. d. Beweislast S. 132. u. Hufeland Beiträge St. 4. no. 10., Mittermaier im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 285., Francke das. Bd. III. S. 1 ꝛc., Vollsack D. de onere probandi in act. negatoriis. Lips. 1829. v. Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfr. no. 282., Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 150. u. 151. not. 1. Insonderheit bekämpft die entgegengesetzte Meinung Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 341. u. v. Vangerow a. a. O., welcher in Uebereinstimmung mit Puchta über die Negatorienklage im Rhein. Mus. Bd. I. S. 165. consequent dabei verharrt, daß dem Negatorienkläger nie etwas weiter obliegen könne, als sein Eigenthum zu beweisen, welches ihn von selbst gegen jeden partiellen Eingriff schützen müsse,*) daher ihm nicht noch der Beweis, daß dem Beklagten keine Servitut zustehe, zugemuthet werden könne. [Ebenso Arndts Lehrbuch §. 164. Anm. 4., Sintenis Civilr. I.

*) Hieraus erhellt von selbst, daß mit Recht die oben angezogene Frage, ob die praesumtio pro libertate oder pro possessore stärker sey, als ganz nutzlos von den Meisten verworfen wird; denn was im Begriff des Eigenthums liegt, bedarf keiner Vermuthung. Damit ist nun wohl auch ein neuerer Schriftsteller, s. Pape über die Beweislast bei der act. confess. und negator. in Linde's Zeitschr. Bd. XVI. S. 194., einverstanden, vertheidigt aber dagegen ein anderes Princip nach Schweppe röm. Privatr. §. 314.: „daß die Freiheit von der Beweislast lediglich durch das Beklagten-Verhältniß bestimmt werde." Die deutschen Gerichtshöfe sind bald dieser bald jener Meinung zugethan. Z. B. den Grundsatz, daß dem im Besitz befindlichen Beklagten gegenüber der Negatorienkläger beweispflichtig sey, hat das O.-A.-G. zu Lübeck in neuerer Zeit adoptirt, s. Hamburger Samml. Bd. I. H. 1. S. 68., eben so das Obertribunal in Stuttgart, s. Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der Würtembergischen Civilgerichte N. F. H. I. S. 85., ungeachtet bei den Würtembergischen Gerichten früher die entgegengesetzte, auch von Göschen Vorlesungen über das gem. Civilr. Bd. II. S. 67. vertheidigte Thesis des O.-A.-G. des Herzogthums Nassau und des Großherzogthums Hessen große Stützen gefunden hatte, s. Hufnagel a. a. O. — Die Praxis des O.-A.-G. in Bayern schwankt noch unentschieden zwischen den beiden entgegengesetzten Meinungen, s. Blätter f. Rechtsanw. Bd. XX. S. 181. [Du Roi im Archiv f. civ. Prax. Bd. 40. S. 24 ff. in einem Aufsatze v. J. 1830 spricht für die Beweispflicht des Negatorienklägers und ihm stimmt Heise ebendas. S. 50 ff., besonders wegen l. 15. D. 39. 1. bei. Dies ist der nachträglich veröffentlichte theoretische Ausdruck jener in der Praxis des Lübecker O.-A.-G. vollzogenen Wendung.]

§. 52. Anm. 57., Pagenstecher Lehre v. Eigenthum III. S. 184., Wirth Ueb. d. Beweislast b. Negat.-Klag. (1858), Pernice Commentationes juris duae (1855), p. 180. sq., Witte Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. XIV. No. 2., Windscheid Lehrbuch I. §. 198. Anm. 10. Dazu Seuffert's Archiv I. No. 169. X. No. 139. — Brinz Pand. I. S. 238 ff. hat eine vermittelnde Meinung.] Die Stütze, welche die Gegner in den von ihnen angerufenen Beweisstellen zu finden glauben, wird nämlich mit Folgendem entkräftet:

a) Die l. 15. D. 39. 1. spreche blos von Ungehorsamsfolgen, in dem Fall, da derjenige, welcher wegen einer angemaßten serv. altius non tollendi mit der Negatorienklage belangt worden war, contumax gewesen; nach diesem Gesetz hätte nämlich — wäre der Verklagte nicht ungehorsam gewesen — der Kläger sein Eigenthum beweisen müssen, und hätte er diesen Beweis nicht erbracht, so wäre er abgewiesen worden, selbst wenn der Beklagte den Beweis des Servitutenrechts nicht erbringen konnte, l. 5. pr. in f. D. 7. 6. Diesen Vortheil verliert nun der ungehorsame Beklagte, indem er jetzt unter keiner andern Voraussetzung ein siegreiches Urtheil erlangen kann, als wenn er wirklich die Existenz des behaupteten Servitutrechts darthut.

b) Die l. 8. §. 3. D. 8. 5. enthalte gar nichts über die Beweislast, da sie blos die Frage über den Besitzstand berührt.

c) Die Analogie, welche man aus der Bestimmung der l. 14. D. 22. 3. und l. 7. §. 5. D. 40. 12. von der Beweislast über die Freiheit eines Menschen hernimmt, sey unpassend. Wenn sich nämlich Jemand faktisch in Sklaverei befindet, so verstehe sich wohl von selbst, daß er die Behauptung seiner Freiheit (d. i. des Eigenthums über sich selbst) als das Fundament seiner Klage beweisen müsse. Ganz anders sey es aber bei der Negatorienklage, denn bei dieser sey ja nicht die Freiheit seines Eigenthums, sondern das Eigenthum selbst*) das Fundament der Klage, und habe Kläger dieses bewiesen, so brauche er nichts weiter zu beweisen. Nur dann, wenn er die Servitut als einmal existent zugesteht, aber deren Erlöschung behauptet, muß er diese als seinen Klaggrund beweisen.

*) Daß hier auch die actio Publiciana dienen könne, wenn eine quasi traditio der Servitut stattgefunden hat, ist unbezweifelt, s. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 293., Puchta Pand. §. 169., Luden Lehre von den Servituten §. 100. S. 280.

Mit der confessorischen Klage könne es folgerecht auch nicht anders seyn, als daß der Kläger die behauptete Servitut, er mag sich nun in deren Besitz*) befinden oder nicht, beweisen müsse, s. Glück Thl. X. S. 283., und außerdem noch, wenn er eine Realservitut in Anspruch nimmt, ihm auch der Beweis seines Eigenthums**) an der herrschenden Sache, im Fall dieses in Widerspruch gezogen ist, obliege.***) So richtig diese Grundsätze auch sind, so wenig ist doch der Rath zu verwerfen, welchen Schmidt in den hinterlassenen Abhandl. I. S. 223. dem Negatorienkläger gibt,

---

*) Man sollte wohl glauben, der Besitzer der Servitut könne die Confessorienklage eben so wenig anstellen, als der Besitzer einer körperlichen Sache die Vindicationsklage; allein die Vindication einer Servitut hat allerdings etwas Abweichendes, s. §. 2. J. 4. 6. — Glück Thl. IX. §. 620. S. 1., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 379.

**) Nicht blos seines Besitzes, wie zuweilen angenommen wird, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 105., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. III. th. 22. not. 6., s. dagegen l. 2. §. 1. l. 6. §. 3. D. 8. 5., wonach Kläger, wenn auch gleich nicht zum strengen Beweis des Eigenthums, doch zur Darlegung eines zur Uebertragung geeigneten Titels gehalten ist, s. v. Hartitzsch Entscheidungen no. 378.

***) Die oben vorgetragenen Grundsätze müssen auch den Ausschlag geben bei der actio negatoria restrictiva, welche der Eigenthümer der dienenden Sache gegen ungebührliche Ausdehnung einer an sich zugestandenen Servitut gebraucht, s. W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen §. 81., Höpfner Institt.-Comm. §. 388. not. 2. Die Ansichten sind zwar auch hier verschieden. Glück Thl. X. S. 259. und Schmidt in den hinterlassenen Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. I. S. 223. nehmen an, der Negatorienkläger müsse die von ihm behauptete Einschränkung der zugestandenermaßen existenten Servitut darthun, cf. Leyser Sp. 109. Med. 7., Sp. 416. Med. 1. Sp. 417. in Coroll. Allein das Zugeständniß der Servitut befreit den Servitutberechtigten nur insoweit von der Beweislast, als er nicht über den gemeinrechtlichen oder landesgebräuchlichen Inbegriff der Servitut oder über deren durch das Herkommen genugsam bestimmten Umfang hinausschreitet, Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 84., Weißgerber in Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 299., Seuffert's Archiv X. No. 139. Daß man sich statt der Negatorienklage auch der Provocationsklage bedienen könne, s. v. Hartitzsch Entscheidungen no. 328., ist der richtigeren Meinung gemäß, daß letztere nicht blos ein subsidiäres Rechtsmittel sey, Breitenbach im civilist. Archiv Bd. IV. S. 65., Gottschalk Disc. for. T. III. Cap. XII. pag. 158.

Hier kann auch noch die Frage aufgeworfen werden: wenn das Eigenthumsrecht, in welches sich ein Anderer einen Eingriff erlaubt, mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht, ist dann jeder Miteigenthümer zur Anstellung der negatorischen Klage in solidum befugt? Rücksichtlich der confessorischen Klage ist die bejahende Entscheidung in l. 4. §. 3. D. 8. 5. ausdrücklich enthalten.

sich nicht mit vielerlei Asserten zu befassen, wie z. B., daß er sich seit längster Zeit im Besitz der Freiheit befinde, daß der Beklagte sich die Dienstbarkeit heimlich, bittweise oder mit Gewalt anmaße; denn dadurch gibt er selbst zur Ueberbürdung mit Beweisen Anlaß.

b) Possessorische Rechtsmittel.

Rücksichtlich dieser wird auf die in diesem Bande vom Besitz und Sachenrecht Kap. I. §. 89. enthaltene Erörterung der possessorischen Interdicte zurückverwiesen.

---

§. 119.

8. Servitutenähnliche Rechte. Deutschrechtliche Reallasten.

A. Vorbemerkung.

Bei der Reallast,*) als einem der ächt deutschen dinglichen Rechtsverhältnisse, stehen, als Recht und Pflicht aufgefaßt, zwei Personen zu einander in einem obligatorischen Verhältnisse, dessen Grund (causa) nicht ein Vertrag, sondern lediglich der Besitz eines Grundstücks auf Seiten des Verpflichteten ist, und da der Besitzer als solcher, d. h. ohne daß er darüber irgend mit dem Berechtigten sich zu benehmen braucht, gleichsam ex lege dem Berechtigten verpflichtet wird, so liegt gerade in diesem stillschweigenden Uebergehen bestimmter positiver Verpflichtungen von Einem auf den Andern, nach dem bloßen Wechsel des Besitzes in den Grundstücken, das Criterium der Reallast.

Wohl sind dem römischen Rechte Reallasten nicht fremd; es kommen vielmehr in demselben Beispiele vor, wo einzelne Staats- und Communallasten als Reallasten erscheinen. So heißt es z. B. von der Grundsteuer in l. 7. pr. D. de public. (39. 4.) in vecti-

---

Sie muß aber wegen Gleichheit des Grundes, welcher in der Untheilbarkeit der Servituten liegt, auch für die Negatorienklage gelten, indem die Freiheit einer Sache nicht minder den Charakter der Untheilbarkeit an sich trägt, Glück Thl. X. S. 235., Erk. der jurist. Facultät zu Göttingen in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 340.

*) In alten Urkunden servitium reale genannt. Duncker die Lehre v. d. Reallasten S. 61. gibt folgende Definition: „Eine Reallast ist die Verpflichtung einer unbeweglichen Sache, wodurch dieselbe als Subject einer zum Besten einer Person oder eines Grundstücks vorzunehmenden Leistung erscheint."

galibus *ipsa praedia*, non personas conveniri. Auch gehören hierher die zum Besten des Staats zu leistenden Spanndienste (angariae), s. l. 1. C. de cursu public. et angar. et parang. (12. 51.). Dasselbe gilt von den durch den Communalverband begründeten Lasten der Grundstücke, z. B. den Kosten zur Erhaltung der öffentlichen Anstalten, als Cloaken, Wasserleitungen, Wege ꝛc., l. 6. §. 4. 5. l. 18. §. 21. 25. D. de muner. (50. 4.) — l. un. §. 3. D. de via public. (43. 10.). Aber unbekannt sind dem römischen Rechte die in das Gebiet des Privatrechts gehörenden, in Deutschland so häufig vorkommenden Reallasten, was sich daraus erklärt, daß die Verhältnisse, welche dieser Art von Reallasten ihre Entstehung gaben, dem germanischen Rechte eigenthümlich sind Eben der Umstand, daß das römische Recht diese Verhältnisse nicht kannte, macht es begreiflich, daß über die Natur derselben viele Streitigkeiten entstanden,*) indem man

A. entweder den Charakter eines Forderungsrechts zum Grunde legte, subjectiv-dingliche Rechte (ein wahres juristisches Amphibium), oder

B. einen dinglichen Charakter als Hauptmerkmal auffaßte, und zwar entweder

  a) diese Lasten als servitutes in faciendo oder

  b) als eine eigene Art der dinglichen Rechte neben Servituten und Pfandrecht aufstellte, oder

C. eine Unterscheidung der mit Proprietätsrechten an dem Gute verbundenen von den ohne diese Rechte vorkommenden Reallasten machte, oder

D. das Recht auf die Realleistung als Pertinenz des Rechts an dem pflichtigen Grundstück ansah, oder

E. sie in drei Klassen, 1) nach Analogie der Emphyteuse, 2) der Servituten, 3) der reinen Forderungsrechte theilte, oder

F. das Grundstück als den Schuldner ansah, so daß der Besitzer nur das Gut repräsentirt. Vergl. hierüber die Monographie von Duncker, die Lehre v. d. Reallasten in ihren Grundzügen dargestellt. Marburg 1837., Mittermaier Handb. des deutsch. Privatr. (6. Ausgabe. 1842.) Bd. I. §. 466.,

---

*) Vergl. unter Anderen Vollgraff im Beilagenheft zum IX. Bde. des civilist. Archivs. [Außerdem v. Gerber System §. 168. Anm. 2. u. Friedlieb Die Rechtstheorie der Reallasten, S. 120—178.]

Maurenbrecher deutsch. Privatr. Bd. I. §. 323., Albrecht die Gewere §. 18.

[Wenn der Verfasser in obiger Textdarstellung die Reallast als ein obligatorisches und daneben als ein dingliches Rechtsverhältniß bezeichnet, so versteht er unter der letzteren Bezeichnung nur das Bedingtseyn durch Besitz. Die von v. Savigny System II. §. 103. (dazu Oblig.-R. I. §. 12.) angedeutete Ansicht, daß die Reallast unter den Begriff der Obligation falle, ist dann namentlich von v. Gerber System §. 156. ausgeführt worden. Hiergegen sucht Schmidt im civilist. Archiv Bd. 44. (1861) S. 10 ff. nachzuweisen, daß überhaupt unsere privilegirten Gewerberechte (vindicirte Realgewerbe u. s. w.) weder dem römischen Begriff von dinglichen Rechten, noch dem von Forderungsrechten untergeordnet werden können, daß vielmehr in ihnen eine dritte von den dinglichen und obligatorischen ganz unabhängige Klasse von Vermögensrechten anzuerkennen, oder eine im deutschen Recht eingetretene Erweiterung des der römischen Jurisprudenz entnommenen Begriffs der dinglichen Rechte anzunehmen, und daß letztres allerdings wegen der inneren Verwandtschaft beider Arten von Vermögensrechten näher liegend sey (S. 13. 14.). Ebenso erklärt sich gegen v. Gerber Haeberlin in d. Zeitschr. f. Deut. R. XVIII. (1858) S. 131 ff. namentlich unter Hinweis darauf, daß schon vor Einführung des Röm. R. in Deutschland Zins, Zehnten, Dienste und Renten bekannt und fest ausgebildet waren, im Anschluß an Gengler Lehrb. d. deut. Privatr. §. 70. S. 285. 296 ff. und an Schenck i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. und Verw. N. F. XIV. S. 335., welche den Begriff einer deutschrechtlichen Dinglichkeit ausführlich zu begründen versuchten. Haeberlin faßt das Resultat so zusammen (S. 169): „Die Reallasten sind auf der Sache haftende Lasten, welche eine Verpflichtung des Besitzers derselben zu bestimmten Leistungen zu Gunsten eines bestimmten Berechtigten in sich schließen oder zum Zweck haben; das der Reallast gegenüberstehende Recht ist ein deutschrechtlich-dingliches Recht, dessen Charakter darin besteht, daß es mit der Sache in der Art untrennbar verbunden ist, daß es gegen jeden Besitzer derselben ausgeübt werden kann, und daß schließlich im Unvermögensfalle des Besitzers die Sache selbst mit ihrer Substanz dem Berechtigten haftet.

Wie die Reallast als Ganzes, müssen auch die einzelnen Leistungen dinglicher Natur seyn, weil sich die Reallast allein durch sie äußert, weil sie der eigentliche Zweck und Inhalt derselben sind. Da nun aber das Wesen der Reallast in der Verpflichtung des Besitzers der belasteten Sache zu den einzelnen Leistungen besteht, so macht dieser durch Vernachlässigung oder Nichterfüllung seiner Pflicht sich auch persönlich für die daraus hervorgehenden Folgen verantwortlich, so daß also die rückständigen Leistungen durch die mora des Besitzers der belasteten Sache in eine persönliche Schuld desselben verwandelt werden. Eben deßhalb können auch die verfallnen oder rückständigen Leistungen nur mit einer persönlichen Klage von dem Schuldner und dessen Erben, nicht aber mit einer dinglichen von jedem Besitzer der Sache gefordert werden, während allerdings auf Anerkennung der Reallast als Ganzes dem Berechtigten eine 'dingliche Klage zusteht." Aehnlich drückten sich Beseler System III. S. 138. und Wächter Erörter. I. S. 121. 127. aus. v. Meibom in Bekkers Jahrbuch IV. (1860) S. 498 ff. erklärt sich gleichfalls gegen v. Gerber, insbesondere weil es dem Reallast-Pflichtigen nicht freisteht, die Lösung des Rechtsverhältnisses durch Zahlung herbeizuführen, folglich die Insolubilität zum Wesen der Reallasten gehöre, während zum Wesen der Obligation die Tilgbarkeit (etwas Anderes sey die Ablösbarkeit) gehöre; dagegen gibt er zu, daß das Recht auf die einzelnen fälligen Leistungen ein obligatorisches sey, und fährt dann (S. 505) fort: daß die dingliche Natur der Reallast*) im Ganzen auch von der Praxis als mit der obligatorischen Natur der einzelnen Leistungen vereinbar angesehen wird, ergibt sich aus der Behandlung derselben im Konkurs. Hätte die Reallast überhaupt den Charakter einer Obligation, so müßte der Berechtigte als Gläubiger dieselbe im Konkurs anmelden und rangordnungsmäßige Befriedigung erwarten, während das mit der Reallast behaftete Grundstück beim Verkaufe im Konkurs frei von derselben auf den Erwer-

*) [Ein Moment gegen den obligatorischen Karakter scheint mir der Satz zu seyn, daß während des Mangels eines Besitzers des belasteteten Grundstücks das Recht nur cessirt, nicht aber untergeht; v. Gerber in seinen Jahrbb. II. S. 58. nimmt hier ein schlummerndes Recht an; allein ist nicht der Wegfall des Subjekts (Schuldners) der Tod der Obligation?]

der überginge. Daß die Reallast sich in terminliche, zum Theil noch nicht fällige Obligationen spaltete, würde die Anwendung dieser Grundsätze nicht hindern; denn auch noch nicht fällige und sogar bedingte Forderungen sind im Konkurs zur Erhaltung des Rechts anzumelden und nur in Betreff der Auszahlung aus der Konkursmasse anders als fällige zu behandeln. Ganz anders ist die Behandlung der Reallasten in der That. Nur die bis zum Ausbruch des Konkurses fällig gewordnen Rückstände müssen angemeldet und rangordnungsmäßig bezahlt werden, wobei nur in Betreff der ihnen anzuweisenden Stelle die Partikularrechte von einander abweichen. Die Berechtigung im Ganzen dagegen wird von dem Konkurs nicht berührt; sie dauert ohne Anmeldung in demselben fort, die während des Konkurses fällig werdenden Prästationen werden als Masseschulden von der Konkursmasse als Besitzerin des belasteten Grundstücks berichtigt, die Reallast geht beim Verkauf des Grundstücks auf den Erwerber über; s. Dabelow Konkursproc. I. S. 136., Bayer Konkursproc. §. 30. — Dagegen hat sich an v. Gerber, welcher seine Ansicht in seinen Jahrbüchern II. S. 35 ff. weiter ausgeführt und dabei nochmals die Thesis, daß die Reallast eine einzige (in einzelnen Prästationen sich äußernde) Gesammtforderung sey, und das Grundstück nicht mit seiner Substanz, sondern bloß als Leiter der Obligation diene, betont, in neuester Zeit angeschlossen Friedlieb in Gerber's Jahrbb. III. S. 299—356., und dann in der selbständigen, eine ausführlichere Darstellung enthaltenden Schrift „die Rechtstheorien der Reallasten" (1860). In dieser findet sich die eigne Ansicht des Autors (S. 216—220.) dahin formulirt: die Reallast sey eine passiv-reale und dadurch effektiv perpetuirte, unerschöpfliche Terminalobligation; das Moment der Leistung sei der ausschließliche Inhalt der Reallast, und werde so wenig von irgend einem anderen Moment absorbirt, daß die Kategorie der Obligation unverkennbar sey; das gewichtigste der in den Quellen auf Dinglichkeit der Reallast deutenden Momente, die Uebereignung des Grundstücks selbst, erweise sich in Wahrheit als ein anderweitiges selbständiges, nämlich eventuelles dingliches Recht, welches mit der Reallast bloß konkurrirt, übrigens seit der Zeit des späteren Mittelalters gar nicht mehr vorkomme; endlich das historisch aus

den germanischen Grundsätzen über Fruchtgewinnung erklärbare Moment der realen Passivlegitimation, d. h. die fortwährende Verknüpfung der Verbindlichkeit mit dem Besitz des Grundstücks, widerspreche nicht dem Begriffe der Obligation; der aufgestellte Begriff umfasse übrigens alle Arten der Reallast, auch die Besthaupts- und Zehntberechtigung.]

Reallasten, Grundlasten, onera realia, heißen ewig wiederkehrende Leistungen (ewige Lasten), welche der Besitzer eines Grundstücks als solcher, d. h. wegen seines Besitzes, zu erfüllen hat. Aus der obersten Idee des Instituts der Reallasten, nach welcher das ganze Rechtsverhältniß durch den Besitz bedingt ist, folgen von selbst die nachstehenden Sätze:

1) daß die Verbindlichkeit des Besitzers aufhört, wenn er den Besitz freiwillig aufgibt (derelinquirt), s. l. 3. C. de fund. patrim. (11. 61), Duncker a. a. O. (S. 78.), Maurenbrecher I. §. 321., Walter deut. Privatr. §. 151. III. oder sonst verliert, und daß sie

2) nicht eher beginnt, als bis dessen Besitz anfängt; es genügt hierbei, wenn auch nur einmal die Pflicht wirklich geleistet worden, c. 31. X. de decim.

3) daß bei Subhastationen die Verpflichtung, weil sie eine dingliche, d. h. gegen jeden Besitzer gehende ist, nicht verloren geht; denn die Pflicht, Reallasten zu leisten, ist unzertrennlich von dem pflichtigen Grundstücke, Mittermaier a. a. O. §. 174. no. 4., Hänsel die Lehre vom Auszug S. 135. 177. (Leipzig 1834.)

4) daß beim Concurse des Besitzers die Masse der Gläubiger die Verpflichtung übernehmen muß, so daß auch die Leistungen aus Reallasten, wie andere laufende Abgaben, prästirt werden müssen; nur daß hier, im Concurse nämlich, ein Vorzugsrecht erst dann angenommen werden kann, wenn es die Landesgesetze aussprechen, Schweppe Conc. d. Gläubiger S. 70., Gründler Polemik Bd. I. S. 299., Einert Erörterungen einzelner Materien des Civilrechts (Dresden 1840.) no. 1. Deshalb bemerkt auch Pfeiffer in seinen praktischen Ausführungen Bd. IV. S. 140.: „Eine der „wichtigsten Folgen der Eigenschaft der Leibzucht als einer „Reallast des damit beschwerten Guts ist, daß dieses nicht „ohne die Verbindlichkeit zu dieser Leistung veräußert, und „auch nur mit diesem Vorbehalte ein öffentlicher Verkauf

„wegen Schulden des neuen Gutsbesitzers stattfinden kann.
„Daß bei einem öffentlichen Verkauf des Guts die Auszugs-
„leute sich wegen ihres Auszugs (Leibzucht oder Winkel
„und Ausnahme) mehr an die Kaufgelder, als an das Gut
„selbst zu halten verbunden wären, wie die Leipziger Juristen-
„facultat in einem, von Klingner in der Sammlung
„zum Dorf- und Bauernrecht Thl. I. Kap. 20. §. 190.
„und Beil. 221. mitgetheilten Erkenntnisse v. J. 1722. aus-
„gesprochen hat, ist bereits von diesem Schriftsteller selbst
„widerlegt worden."

5) daß derjenige, welcher die Lasten erweislich trägt, einen weiteren Beweis seines Besitzes im Prozesse nicht zu erbringen braucht, Brockes sel. Obs. for. no. 39., und sowie der Berechtigte sich insofern

6) zur Sache activ legitimiren muß, als er nachweist, daß er noch das berechtigte Gut besitzt oder das Amt bekleidet, an welches etwa das Recht auf die Reallast geknüpft ist, z. B. wenn Zinsen oder Zehnten als Einkünfte einer Pfarrei bestimmt sind, so liefert er eben so die passive Legitimation dadurch, daß der von ihm in Anspruch Genommene Besitzer des pflichtigen Grundstücks ist;

7) daß die ganze Reallast von jedem Besitzer getragen wird, welcher die Nutzungen des Grundstücks zieht, Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 308., ohne Unterschied, ob er mit einem dinglichen oder mit einem bloßen persönlichen Rechte besitzt. Nur der Pächter ist davon gewöhnlich ausgenommen, weil er nicht allein, sondern der Pachtherr mit ihm an den Nutzungen Theil nimmt. Vergl. l. un. §. 3. in f. D. de via publica (43. 11.), Maurenbrecher Lehrb. des deutsch. Privatr. Bd. I. §. 321.; Mittermaier a. a. O. Bd. I. §. 172. no. 9. stimmt im Wesentlichen damit überein, indem er die Klage da, wo die Last mit den auf den Grundstücken gewonnenen Früchten zusammenhängt, gegen Jeden (selbst den bloßen Detentor), der die Früchte des Guts bezieht, bei den übrigen Lasten nur gegen den richten läßt, der im eigenen Namen besitzt.

Die Enstehung der deutschen Reallasten läßt sich auf vielerlei Quellen zurückführen: a) auf die vormalige Leibeigenschaft; b) auf Vergeltung der Verleihung von Gütern und Grundstücken zu Baurecht und Eigenthum; c) auf Vogtei- und Gerichtsherrschaft;

d) auf die Kirchengewalt, in Betreff von Zehnten ꝛc. [Vergl. Walter Deut. Privatr. §. 150. und Friedlieb Rechtstheorie d. Reallasten §. 35 ff.]

In Ansehung der Frage: was für Prästationen unter den Begriff von Reallasten zu subsumiren seyen, sind die Meinungen zwar größtentheils verschieden; doch ziemlich allgemein als solche anerkannt sind: 1) Grundsteuern*) und Landfolge; 2) Gemeindelasten, sofern sie auf Grundstücke radicirt sind; 3) die Deich- und Siellast (Siele, Schleuse); 4) der census realis, und zwar entweder constitutivus (z. B. durch den Rentenkauf) oder reservativus, wenn der Eigenthümer bei Uebertragung des Eigenthums den Zins sich vorbehält oder bei Verleihung des Guts den Zins zur Anerkennung des bei dem Zinsherrn zurückbleibenden Obereigenthums reservirt, s. Runde deutsch. Privatr. §. 505., Mittermaier §. 156., Eichhorn §. 164. 252., Maurenbrecher §. 264. — 5) der emphyteutische Canon,**) s. Albrecht die Gewere S. 184., Maurenbrecher §. 265. — 6) der Lehndienst, s. Eichhorn §. 164., Phillips Grundsätze des deutsch. Privatr. Thl. II. S. 93.***) — 7) die bäuerlichen privatrechtlichen Lasten, s. Eichhorn §. 161., Maurenbrecher §. 264., Albrecht die Gewere S. 177., Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 251 ꝛc., welche jedoch Duncker Lehre von den Reallasten §. 50. nur insofern als Reallasten anerkennt, als sie nicht auf Grund eines Leihvertrags gefordert werden. [Vergl. auch v. Gerber System §. 168. Anm. 3. und Friedlieb Rechtstheorie ꝛc. §. 68. und 80.] — Indessen wird auch in diesem Falle ungefähr dieselbe Folge dadurch hervorgebracht, daß jeder neue Besitzer das Gut aus den Händen des Obereigenthümers empfangen muß. Der Gutsherr kann sofort, wie auch Duncker a. a. O. anerkennt, verlangen, daß der neue Erwerber des Colonats den mit dem Vorgänger abgeschlossenen Leihvertrag erneuere, und die darin versprochenen Leistungen auch seinerseits übernehme, und hat, wenn er sich weigert, diejenigen Klagen gegen jenen, welche ihm als Eigenthümer überhaupt zustehen.

---

*) Abweichend ist hier aus unerheblichen Gründen Vollgraff im civil. Archiv Bd. IX. Beil. S. 177., s. dagegen Duncker a. a. O. §. 39.

**) Duncker a. a. O. §. 48. erkennt denselben, sowie das solarium bei der superficies, nur für contractliche Leistungen und deshalb nicht für Reallasten.

***) Aus dem Grunde, weil sie auf dem Investiturvertrage beruhen, erkennt jedoch Duncker sie nur für persönliche Verbindlichkeiten.

Auch ist die Bestimmung, daß der Erbleihemann sein Recht am Colonate nur mit Einwilligung des Gutsherrn veräußern könne, als Regel des gemeinen Rechts anerkannt, s. Duncker a. a. O. S. 201., Eichhorn §. 259.

Mehreren Zweifeln ist es unterworfen, ob außer dem Falle, wo Hausgesetze es verfügen, Apanage und Witthum, wie von Mehreren geschieht,*) den Reallasten beigezählt werden dürfen Dasselbe gilt von Abschoß und Nachsteuer soweit dergleichen noch nach der deutschen Bundesacte in Deutschland bestehen kann. Manche erkennen sie als Reallasten, weil sie auf dem Vermögen als einem Ganzen haften; s. Ortloff Grundz. §. 241., dagegen Duncker a. a. O. §. 47., Bodmann inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts §. 288.

§. 120.

B. Von bäuerlichen Lasten im Allgemeinen,**) insbesondere Grundzinsen***), Schutzgeldern.

1) Haften mehrere Besitzer eines mit Reallasten belegten Guts oder mehrere Grundeigenthümer einer mit einer gemeinschaftlichen Abgabe belasteten Flur in solidum oder pro rata?

2) Sind die Gutsnachfolger für die von ihrem Vorbesitzer in Rückstand gelassenen Reichnisse einzustehen verpflichtet?

2a) [Befreit sich der Derelinquent des belasteten Grundstücks von der Leistung der bereits fälligen Termine?]

*) Siehe Maurenbrecher deutsch. Privatr. §. 574., Kind Qu. for. T. I. c. 20., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 400., Eichhorn a. a. O. Doch ist der Standesgebrauch des hohen Adels wohl nicht in Abrede zu stellen, s. Köhler Handb. des deutsch. Privatfürstenrechts §. 119., insbesondere in Folge der nach Art. 14. der Bundesacte bei den Mediatisirten des hohen Adels jetzt nothwendigen Bestätigung der Hausgesetze.

**) Die Grundzinsen können, nachdem sie in Deutschland fast überall in der neueren Zeit durch Ablösung und Umwandlung beseitigt sind, wohl nur um des rechtshistorischen Zusammenhanges willen in Betrachtung gezogen werden. Gänzlich aber dürften hier wegfallen die Mortuarien. Diese ursprünglich aus der Hörigkeit entsprungenen, nach und nach auf die Gutsherrschaften übergegangenen Leistungen (Kurmede, Besthaupt, Fallrecht, todte Hand, Baulebung, Büttheil, auch Todtlaib, Todtlaib) werden insgemein als eine persönliche Last betrachtet. Wo sie nicht als eine mit der Leibeigenschaft zusammenhängende Abgabe mit oder ohne Entschädigung aufgehoben sind, muß auf die besonderen Landesgesetze und Gewohnheiten verwiesen werden.

***) Vergl. folgendes Kap. IV. von der Emphyteuse.

3) Was für Klagen sind zur Verfolgung einer Reallast gegen den Besitzer des pflichtigen Guts gegeben?
4) Am häufigsten sind die deutschen Reallasten durch Herkommen begründet, und daß sie auch durch Vertrag und testamentarische Bestimmung erworben werden können, läßt sich wenigstens unter gewissen Bedingungen annehmen; indessen ist doch die Frage natürlich, wie kann ein bloßer Vertrag seine Wirksamkeit auch auf Dritte erstrecken, und jeden Gutsnachfolger gleichfalls verbinden?
5) Können Reallasten auch durch Verjährung erworben werden, und welcher Zeitraum ist dazu erforderlich?
6) Da die Zeit der Leistung oder der Fälligkeit einer Reallast häufig nur auf Herkommen beruht, so fragt sich, ob der Pflichtige durch den Eintritt dieses Zeitpunktes von selbst oder erst durch Mahnung in moram versetzt werde?
7) Kann die Berechtigung zu einer Reallast ohne Unterschied an Andere übertragen oder abgetreten werden?
8) Kommt ein iberatorischer Vertrag auch dem Nachfolger im pflichtigen Gute zu Statten?
9) Wenn gleich im Allgemeinen der Grundsatz gilt, daß alle Obligationen präcis zu erfüllen sind, so fragt sich doch, ob nicht die Umwandlung einer Naturalleistung in Geld dadurch zum wirklichen Recht werde, daß dieselbe durch rechtsverjährte Zeit gedauert hat?
10) Wie und wo ist der Zinspflichtige seine Natural- und Geld-Praestanda abzuliefern schuldig?
11) Ist der Berechtigte schuldig, dem Pflichtigen wegen der diesen betroffenen Unglücksfälle einen Nachlaß am Census, d. i. an den Stiften und Gülten zu gewähren?
12) Worin besteht der wesentliche Unterschied zwischen Zinsgütern (bona censitiva) und Erbzinsgütern (bona emphyteutica)?
13) Kann auch die Befreiung von Reallasten durch Verjährung erworben werden?
14) Kann der Erbzinslehnmann dadurch, daß er das Gut freiwillig dem Erbzinslehnherrn heimgehen läßt, sich von dessen Lasten befreien?
15) Wem gehört der in einem Erbzinsgut gefundene Schatz?
16) Wenn der Grundunterthan gewisse herkömmliche Leistungen aus dem Grund verweigert, weil sie seiner Behauptung

nach aus der in neuerer Zeit aufgehobenen Leibeigenschaft entspringen, wem liegt der Beweis der Negative oder der Affirmative ob?

17) Wo s. g. Schutz- oder Herbergsgelder hergebracht sind, kann sie da der Gutsherr auch von den s. g. Austräglern oder Winkelsitzern fordern?

18) Reviviscirt eine durch Consolidation erloschene Reallast dadurch, daß der Berechtigte das an der belasteten Sache erlangte Eigenthum wieder veräußert?

Zu 1) Wenn nicht der Realberechtigte zu der Theilung des Guts den Consens ertheilt hat, so haften für Grundbarkeitslasten die gemeinschaftlichen Besitzer in solidum, in der Regel sind aber Reallasten nicht wie Servituten untheilbar; Cap. 6. X. de religios. domibus. (3. 36.), Schwarz das Institut der Reallasten S. 47. — Ist von mehreren gemeinschaftlichen Besitzern eines Guts oder eines pflichtigen Districts ein Repräsentant bestellt, welcher die einzelnen Beträge einsammelt und im Ganzen abliefert, so deutet dies immer auf die fortdauernd solidarisch auf allen pflichtigen Theilen haftende Last; Mittermaier Grunds. des allgem. deutsch. Privatr. §. 175. u. 177. (Ed. 5.), Hänsel die Lehre von dem Auszug S. 142. Der Zinsherr kann, wenn das zinspflichtige Gut getheilt wird, die Stellung eines Vorträgers verlangen.

Zu 2) Zwar vertheidigen mehrere Juristen die bejahende Meinung, Frantzke var. resol. Lib. I. no. 3., Mevii Decis. P. IV. Dec. 403. P. V. Dec. 318., Runde Rechtslehre von der Leibzucht §. 60., Kreittmayr Anmerk. zum Cod. Max. Bav. Thl. IV. S. 490., indem sie nicht nur den Universal-. sondern auch den Singular-Nachfolger haftbar machen wollen. Sie beziehen nämlich die den fiscus rücksichtlich der Steuern begünstigende l. 7. D. de publ. 39. 4. und l. 36. D. de jure fisci 49. 14. auf alle Reallasten. [Ebenso Glück Thl. VIII. S. 409., Phillips Grundsätze ꝛc. I. §. 116 ff., Unterholzner Verjährungslehre II. §. 254., Wolf Lehrbuch I. §. 123. 128., Heimbach im Rechtslexikon IX. S. 62. 68. 73., Renaud Beitr. z. Theorie d. Reallasten, S. 82. 94., Emminghaus Pand. S. 132.] Neuerlich wird diese Meinung auch von Duncker Lehre v. d. Reallasten §. 36. mit größerem Gewicht und strenger Consequenz vertheidigt. Der Berufung der Gegner auf l. 7. pr. C. de censibus (11. 57.) und l. 2. C. de fundis rei privatae (11. 65.) setzt

er entgegen, daß l. 2. C. cit. nur von contractlichen Leistungen spreche, für welche (z. B. wenn auf den Grund eines Leihvertrags dergleichen von dem Inhaber eines dominium utile gefordert werden) der Nachfolger allerdings nicht einzustehen habe, die l. 7. cit. aber gar nicht anwendbar sey, weil sie von dem besonderen Fall handle, wo Jemand ein vom Vorbesitzer verlassenes Grundstück vom peraequator übernommen habe; denn da würde sich freilich Niemand zur Uebernahme gefunden haben, wenn er die Lasten vom Vorbesitzer her hätte übernehmen müssen. In Betreff eigentlicher Reallasten müsse man nothwendig annehmen, daß sie auf dem Grundstück haften bleiben, weil dieses das verpflichtete Subject sey, daher dem Besitzer, welcher die Rückstände nicht abführen will, nichts übrig bleibe, als das Grundstück zu derelinquiren und dem Berechtigten zu seiner Befriedigung zu überlassen. Roßhirt im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 60. unterscheidet, ob die Leistung des Vorbesitzers wegen Nichtanerkennung des Rechts oder nur infolge einer mora ausgeblieben ist. Im ersten Fall gehöre die Nachleistung zur omnis causa, weshalb wenigstens der malae fidei possessor für die Rückstände hafte. Im zweiten Fall trete der Gesichtspunkt der mora und der damit verbundenen culpa ein, welche die Sache personell, mithin für den Nachfolger unverbindlich mache. Die meisten neueren Rechtslehrer entscheiden sich jedoch indistinct für die Negative, wofern nicht eine Hypothek für die Reste durch besondere Gesetze gegeben ist, s. Thomas Fuldisches Privatr. Thl. I. S. 274. (denn gemeinrechtlich läßt sich ein Unterpfandsrecht derselben wohl nicht behaupten; l. 81. §. 1. D. 18. 1., Glück Thl. XIX. S. 58., Maurenbrecher deutsch. Privatr. Thl. I. S. 298., Gründler Polemik d. german. Rechts Thl. I. S. 298.), oder die Rückstände in dem Hypothekenbuche eingetragen sind; Schwarz a. a. O. S. 48., Mittermaier a. a. O. §. 175., Boehmer J. E. P. L. II. Tit. 26. §. 24., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 166. — Außerdem geht das onus reale zwar auf den Singular-, wie auf den Universal-Nachfolger über, und erlischt auch nicht durch die Subhastation des Guts; Leyser Spec. 236. Med. 7., Mittermaier a. a. O. §. 174. — aber für die einzelnen Praestanda, oder für den Ertrag des mit einer dinglichen Klage allerdings zu verfolgenden Rechts haftet der Erstere nur von seiner Besitzzeit an, und wenn sich im laufenden Jahr der Besitz getheilt hat, wenn nämlich während desselben ein Nachfolger eingetreten ist, für das ganze laufende Jahr. Denn vor der Verfallzeit konnte der Berechtigte die Erhebung nicht vornehmen, es kann ihm daher nicht zugemuthet werden, sich im Fall einer Besitz-

veränderung zugleich an den Vorbesitzer zu wenden, vielmehr ist die Vertheilung lediglich Sache der Besitzer unter sich; s. die in v. Hartitzsch Entscheidungen rc. S. 1. angeführten Appellations- und Oberappellationsgerichtl. Erkenntnisse. — Duncker's Ansichten steht die auffallendste Schwierigkeit bei rückständig gebliebenen Frohnen und Zehnten entgegen. Richtiger scheint daher der Grundsatz, daß die Verpflichtung zu Reallasten, wie wir im Eingang bemerkt haben, schlechthin durch den Besitz bedingt sey, folglich weder rückwärts noch vorwärts sich über die Besitzzeit hinaus erstrecken könne; vergl. Maurenbrecher Lehrb. d. h. gem. deutsch. Rechts §. 249. u. 250. [Ebenso Hommel Rhaps. II. obs. 339., Ortloff Grundzüge d. deutsch. Privatr. §. 233., Schweppe Röm. Privatr. I. §. 57., Albrecht in Richter's krit. Jahrbb. V. S. 309 ff., Hillebrand Lehrbuch §. 147., v. Gerber System §. 170., Bluntschli deutsch. Privatr. I. §. 90., Wächter Erörter. S. 127 ff., Beseler System III. §. 190., Walter System §. 151. u. besonders Schenck i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XIV. S. 310 ff.]

Zu 2a) [Diese Frage ist bestritten. Unter den Neueren haben sich für die bejahende Meinung ausgesprochen Duncker a. a. O. S. 78. 113., Renaud a. a. O. S. 84. 97., Phillips Privatr. §. 118. u. Heimbach im Rechtslex. IX. S. 75. 88., wogegen Mittermaier a. a. O. §. 174. (154) No. 10. u. 12., Hillebrand Privatr. §. 147., Walter System §. 151. IV., v. Gerber System §. 170. Anm. 3., Bluntschli Privatr. §. 90. No. 2. 3. u. Schenck i. d. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XIV. S. 324 – 327. sich dafür aussprechen, daß der Dereliktion nur die Wirkung der Befreiung von der Haftpflicht für die künftigen Leistungen zuzuschreiben sey und der Derelinquent also für seine Rückstände verbindlich bleibe. In diesem Sinne erklärt sich auch Friedlieb Rechtstheorie der Reallasten, S. 344.]

Zu 3) Die fälligen Leistungen werden durch eine actio in rem scripta eingefordert.*) Nach Analogie der Servitutenklagen wird durch die confessorische oder negatorische Klage entweder das Recht dazu behauptet, oder die Verbindlichkeit verneint; Schwarz a. a. O. S. 51. Der Negatorienkläger hat auch hier in der Regel nicht den Beweis der von ihm behaupteten Freiheit zu übernehmen, doch sind die Fälle

---

*) Nach Duncker a. a. O. §. 23. dient auch zu diesem Zweck act. confess. utilis. Für die durch einen Vorbehalt bei Uebertragung des dominium utile entstandenen Reallasten findet die Contractsklage statt, a. a. O. S. 111.

zuweilen so geartet, daß er sich gleichwohl einer Beweislast nicht entziehen kann; z. B. wenn das Gut, auf welchem eine gewisse Reallast haftet, unbestritten in eine Klasse von Gütern gehört, welche eben durch diese Art der Belastung von andern Arten von Gütern nach der Landesverfassung unterschieden ist, so muß der Leugnende die Ausnahme von der Regel beweisen, sowie wenn der Universal-Zehnt auf einer gewissen Flur beurkundet ist, derjenige, welcher sich des Zehnts weigert, eine Exemtion beweisen müßte. Es unterliegt endlich infolge des allgemein anerkannten praktischen Bedürfnisses keinem Zweifel, daß der zu einer Reallast Berechtigte auch possessorische Rechtsmittel, namentlich das interdict. uti possidetis und die Spolienklage gebrauchen könne;*) s. v. Savigny Recht des Besitzes §. 49., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 166., Friedlieb Rechtstheorie d. Reallasten S. 314—338.

Zu 4) Diese Schwierigkeit**) wird dadurch gehoben, daß man den Vertrag oder die letztwillige Bestimmung in die öffentlichen Bücher eintragen läßt, welche nach Landesgesetzen zur Begründuug dinglicher Rechte eingeführt sind, oder diejenigen Formen beobachtet, welche bei Verträgen über Immobilien und denselben gleich geachtete Gerechtigkeiten dem altdeutschen Institut der gerichtlichen Auflassung gemäß nach gemeiner deutscher, durch Particularrechte bestätigter Gewohnheit eingeführt sind.***) Mittermaier a. a. O. §. 196., Pfeiffer

---

*) Die älteren Juristen gaben auch das interd. unde vi zur Wiedererlangung der durch Verweigerung der Leistung entzogenen juris quasi possessio s. Gaill Obs. II. 10. no. 5. II. 75., wovon jedoch die Neueren, weil sich hier keine gewaltsame Dejection denken läßt, mit gutem Grund abgegangen sind; s. v. Savigny Besitz §. 46., Roßhirt im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 60. Gegen das remed. spolii findet aber dieses Bedenken nicht statt, weil es nicht, wie Roßhirt a. a. O. S. 65. annimmt, nothwendig eine gegen den Berechtigten verübte Gewalt voraussetzt; s. can. 3. C. 3. qu. I. verb.: „per quascunque injustas causas."

**) [Vergl. hierüber v. Gerber System §. 169. Anm. 5., Kuntze Lehre v. d. Inhaberpapieren S. 349. 541., Bekker in seinem Jahrbuch I. S 305., Platner i. Arch. f. civil. Prax. Bd. 42. S. 113. 127. 145. u. Friedlieb Rechtstheorie rc. S. 232.]

***) Nachdem die aus der gerichtlichen Auflassung im älteren deutschen Recht hervorgegangene Gewere im neueren Rechtszustand verschwunden ist, ist nämlich die Frage, ob eine Reallast aus einem Vertrag entstehen könne, äußerst streitig geworden. Dafür spricht Runde v. d. Leibzucht Th. II. §. 36., Albrecht v. d. Gewere S. 182., Phillips Grundsf. d. deutschen Privatrechts Bd. I. S. 298., Maurenbrecher deutsch. Privatr. §. 253., Hommel Rhaps. Obs. 237. Nur ausnahmsweise und unter besonderen Beding-

prakt. Ausführungen Bd. I. S. 155 ꝛc., W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen S. 305. Hängen die Reallasten mit einem Proprietätsrecht zusammen, so hat es wohl am wenigsten Anstand; s. l. 20. §. 1. D. 41. 1. quotiens autem dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum, qui tradidit; si servus fuit fundus, cum servitutibus transit. In den Fällen, wo ein Gutsnachfolger nicht ohne gutsherrliche Verleihung in den Besitz des Gutes eintreten kann, ist schon durch sie die Nothwendigkeit der Uebernahme der Reallasten im Verleihungsact immer neu begründet.

Zu 5) Die frühere Meinung der Rechtsgelehrten, als könne jedes Recht durch Verjährung erworben werden, s. Rave de praescript. §. 49. 50. 65. 78. bis 88., ist nun wohl allgemein als verworfen anzusehen. Das römische Recht stellt hauptsächlich nur in Ansehung des Eigenthums, der Servituten und der Freiheit den Grundsatz auf, daß sie durch Verjährung erworben werden können. Diejenigen Rechtsgelehrten nun, welche die Reallasten unter den Begriff von Servituten stellen, lassen jene, wie diese, durch fortgesetzten Besitz in 10 oder 20 Jahren entstehen, s. Rave de praescr. §. 117., Kind Qu. for. T. II. c. 71., Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. §. 41. und eben so diejenigen Rechtslehrer, welche wenigstens die von Servituten geltenden Grundsätze auf die deutschrechtlichen Reallasten für anwendbar erachten, wie Maurenbrecher deutsch. Privatr. §. 253. Diese Ausdehnung durch Analogie auf deutschrechtliche Reallasten wird aber von Mehreren s. Duncker a. a. O. §. 28., Thibaut Besitz und

ungen Eichhorn deutsches Privatr. §. 163., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 176., welchen Duncker in der Lehre v. d. Reallasten ꝛc. [s. jedoch Zeitschr. f. deutsch. R. XI. S. 450.] unter weiterer umfänglicher Ausführung beistimmt. [Frieblieb Rechtstheorie d. Reallasten S. 224 – 256. kommt zu folgendem Resultat: „Reallasten können, insofern nicht die Intabulation oder gerichtliche Confirmation oder irgend ein sonstiger Akt zweifellos für die eigentliche Existenzbegründung derselben vorgeschrieben ist, auch ohne nothwendige Benutzung derselben durch den bloßen Vertrag (in Verbindung mit Auflassung oder Urkundenübergabe: s. S. 234.), reservirte Reallasten aber durch den mit dem Entstehungsmoment des übertragenen Eigenthums- resp. sonstigen dinglichen Nutzungsrechts sich verschmelzenden Vorbehalt vollständig zur Existenz kommen, so daß sie auf jeden Singularsuccessor in den Besitz ohne Weiteres übergehen, und zwar auch auf den Käufer des Grundstücks aus der Konkursmasse des letzten Besitzers, insofern in solchem Fall keine intabulirten Hypotheken und sonstigen Rechte mit ihnen collidiren. Die verhältnißmäßige gleiche Haltbarkeit im Konkurs erhält die Reallast dagegen nur durch Intabulation und Vornahme des sonstigen zweifellos diese Wirkung nach den betreffenden (Partikular-) Recht speciell hervorrufenden Formalaktes“ (S. 242.)]

Verjähr. §. 37., Gengler Lehrbuch §. 71. No. 33. u. §. 72. u. Friedlieb Rechtstheorie ꝛc. S. 257., durchaus für unzulässig erachtet, wo nicht Landesgesetze dafür sprechen, wie z. B. in Sachsen eine Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen ausdrücklich statuirt ist; s. Haubold Lehrb. d. Sächs. Rechts. Für die Ansicht, daß bei deutschrechtlichen Reallasten der Verjährungserwerb nicht nach den Grundsätzen von Ersitzung der Servituten, sondern nach Analogie der Bestimmungen über außerordentliche Eigenthums-Ersitzung (durch 30jährigen Quasibesitz im guten Glauben) vor sich gehe, haben sich auch die obersten Gerichtshöfe zu München und Lübeck entschieden, s. Seuffert u. Glück's Blätter f. Rechtsanw. Bd. XVIII. S. 61. der Ergänz. Bl., Seuffert's Archiv IX. No. 201. Zur Vergleichung der verschiedenen Ansichten s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 196., Gerber deutsch. Privatr. §. 169., Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. II. S. 118. 147., Bd. VII. S. 259. 265., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 254., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 163. ꝛc., Schwarz das Institut der Reallasten S. 59., Duncker Lehre v. d. Reallasten §. 29.

Unbestritten ist nur so viel:

a) Unvordenkliche Verjährung muß als unbisputirliches Fundament des Rechts anerkannt werden; s. Friedlieb Rechtstheorie ꝛc. S. 258.

b) Wenn auch eine erwerbende praescriptio definiti temporis nicht angenommen werden kann, so hat doch der 30—40jährige Besitz in gutem Glauben — vorausgesetzt, daß die Leistung von der Art ist, daß sie auf Seiten des Empfängers einen Quasibesitz möglich macht — die Wirkung, daß er durch die in dieser Zeit erlöschende Negatorienklage nicht mehr entzogen werden kann; s. Unterholzner a. a. O. Bd. II. §. 204., Duncker a. a. O. §. 29., [Friedlieb Rechtstheorie ꝛc. S. 258.: „Auch kann die Verjährung der actio negatoria nicht indirekt zu einer Acquisitivverjährung der Reallast führen, da das Erlöschen derselben nur einen Exceptionscharakter hat und daher nicht zur Substantiirung einer Klage dienen kann, wenn der bisher im Besitz der Gefälle Befindliche in die Lage käme, sich nicht mit possessorischen Rechtsmitteln helfen zu können, sondern petitorisch klagend auftreten müßte".]

c) Ist das Proprietätsrecht nach den Erfordernissen der gewöhnlichen Verjährung erworben, so entscheidet die Verjährung für das Proprietätsrecht zugleich über die Last, wenn diese aus

jenem folgt. Hat also A. das dominium directum über das Gut des B. solchergestalt erworben, und zugleich während dieser Zeit gewisse Grundgefälle erhoben, so hat er auch gleichzeitig auf diese das Recht ersessen; s. W. H. Puchta über die gerichtl. Klagen S. 308., Eichhorn a. a. O. §. 164.

Zu 6) Das Herkommen hat hier dieselbe Wirkung, wie bestimmte Verträge. Bei verspäteter Lieferung von Naturalgefällen hat daher der Berechtigte die Wahl, Naturallieferung oder baare Zahlung nach dem am Verfalltag bestandenen mittlern Marktpreis zu verlangen; s. Mittermaier a. a. O. §. 179., Gebr. Overbeck Bd. V. no. 276., Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 474.

Zu 7) In der Regel findet die Uebertragung an Andere statt, c. 6. X. de rer. permut. (3. 9.) c. 2. X. de transact. (1. 36.) und hat durch einen gerichtlichen Act zu geschehen; s. Schwarz a. a. O. §. 16. Vergl. auch Frieblieb a. a. O. S. 341.

Eine Ausnahme gilt jedoch in Ansehung solcher Reallasten, welche die Natur einer Servitut haben, indem sie entweder zum Besten eines gewissen Grundstücks constituirt sind, oder nur einer bestimmten Person zustehen können, wie dies bei der particularrechtlich als Reallast bestehenden Leibzucht der Fall ist; vergl. Runde Rechtslehre von der Leibzucht §. 38., Duncker a. a. O. S. 164. Wo übrigens eine Uebertragung stattfindet, versteht sich von selbst, daß dadurch die Last für den Pflichtigen nicht vergrößert werden dürfe; s. Eichhorn a. a. O. §. 165., Schwarz a. a. O.

Zu 8) Ja; pactum conventum cum venditore factum, si *in rem constituatur*, secundum plurium sententiam et emtori prodest, l. 17. §. 5. D. 2. 14.

Zu 9) Es dürfte wohl mehr Grund für die Meinung derjenigen streiten, welche in der Annahme eines Aequivalents statt der ursprünglichen Prästation nur eine Uebereinkunft für jeden einzelnen Fall erblicken, wodurch also das Zurückgehen auf den ursprünglichen Gegenstand, wenn dieser nur gewiß ist, s. v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. no. 34., Bd. VII. no. 43., nicht ausgeschlossen werden kann, wenn nicht

a) eine Weigerung, diesen zu leisten, eingetreten ist, bei welcher sich der Berechtigte so lange beruhigt hat, daß eine Verjährung des Rechts oder eine demselben entgegenstehende Observanz angenommen werden kann, s. Eichhorn a. a. O. §. 167. a. E., Struben rechtl. Bedenken Thl. III. no. 64., v. Bülow und Hagemann a. a. O., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 3.

T. II. Obs. 92. 137. T. III. Obs. 160., Schwarz a. a. O. S. 66. u. 67. oder

b) wenn eine unvordenkliche Verjährung eingetreten ist; s. Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 236. Indessen finden sich auch Autoritäten für die entgegengesetzte Entscheidung, nämlich für Zulässigkeit der Verjährung in Folge ununterbrochen und gleichförmig, ohne Protestation des Berechtigten und ohne daß ein Precarium sichtlich zu Grunde läge, geschehener Leistung des Aequivalents; s. Mittermaier a. a. O. §. 197. (Ed. 5.), Boehmer Electa jur. civ. T. III. Ex. 18. §. 28., Scherer über das Zehentwesen §. 88. — Vergl. dagegen Friedlieb a. a. O., S. 343 u. unten §. 121. zu Fr. 15.

Zu 10) Wenn das Recht darauf einem gewissen Gut anhängt, so muß der Pflichtige auf eigene Kosten und Gefahr den Grundzins — und zwar bei Naturalzinsen oder Gülten in Früchten, welche auf dem Gute selbst erzeugt sind, sofern diese vorhanden sind — auf das Gut, außerdem an den Wohnort des Berechtigten liefern, wenn nicht durch Herkommen ein Anderes begründet ist; s. Mittermaier a. a. O. §. 179. Andere als auf dem Gut gezogene Früchte kann der Grundherr nicht fordern, wenn diese auch schlecht sind; Struben rechtliche Bedenken Bd. III. no. 12., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. no. 75.

Zu 11) Man muß hier wohl zwischen dem census reservativus und constitutivus unterscheiden. Ersterer ist nämlich ein solcher, welchen der Eigenthümer sich bei Ueberlassung des Guts vorbehalten hat, wohin alle Abgaben an den Grundherrn zu zählen sind, wenn der Besitzer kein volles Eigenthum hat. Dem auferlegten Zins (census constitutivus) liegt — das Gut mag nun im vollen Eigenthum des Besitzers seyn oder nicht — ein anderes Verhältniß zum Grunde, insbesondere Vogtei, Schutz, Gerichtsbarkeit und andere Rechte, z. B. für die Erlaubniß, Leseholz zu sammeln, oder im Wald zu grasen (Laubhühnerzins, Weidehühnerzins). Häufig war auch im Mittelalter ein Vertrag gebräuchlich, wonach Einer dem Andern eine Summe Geldes vorschoß, nnd sich dagegen auf dessen Gut einen jährlichen Zins verschreiben ließ (Rentenkauf, Gültenkauf). Der census constitutivus wird so genannt, weil der Constituent ihn auf ein Gut setzen läßt, an welchem ihm kein Eigenthum zugestanden war. An allen Zinsen solcher Art kann in der Regel kein Nachlaß gefordert werden; am census reservativus wird unbestritten ein Nachlaß dann statuirt, wenn der Zins mit den Früchten des Guts in der Proportion

eines locarium steht, s. Eichhorn a. a. O. §. 253., Mittermaier a. a. O. §. 179., Danz zu Runde Bd. V. S. 289. Außerdem kann ein Nachlaß de jure nicht gefordert werden, wenn nicht besondere Landesgesetze es verordnen. Bluntschli Privatr. §. 94. No. 7.

Bei der römischen Emphyteuse war dies bestimmt entschieden; l. 1. C. 4. 66. — Leyser Spec. 103. in f. Coroll. 1.: sterilitas, incendium, aliique casus fortuiti remissionem canonis non operantur. Bei den deutschen Erbzinsgütern pflegt das der locatio conductio entnommene, mithin auf das Erbzinslehn=Verhältniß nicht passende Entschädigungsprincip zum Besten des Erbzinsmanns auch wohl auf den Fall ex arbitrio boni viri ausgedehnt zu werden, wo man annehmen kann, daß der Natural= oder Geldzins in compensationem fructuum gegeben werde, wenn nämlich der census in einer größeren, nach dem Fruchtertrag ziemlich abgemessenen Prästation besteht; Glück Thl. VIII S. 419., Danz zu Runde Bd. V. S. 249., Lauterbach Coll. th.-pr. Pand. Lib. VI. Tit. 3. §. 13. — Cod. Max. Bav. Civ. P. IV. Cap. 7. §. 9. no. 9. In der Regel aber muß man annehmen, wie Danz zu Runde Bd. V. S. 289. sagt: „kommt dem Erbzinsmann wahres Erbrecht und wahres Eigenthum (letzteres sey ein vollkommenes oder unvollkommenes) zu, so kann von Erlassung des Grundzinses wegen vorgefallener Unglücksfälle die Frage nicht seyn, sondern es tritt vielmehr der Rechtscanon ein: casum sentit dominus" — s. auch Beck vom Erbzinsrecht Cap. X. §. 2., Preuß. allgem. Landr. Thl. I. Tit. 18. §. 683. 747. bis 764.

Zu 12) Am Zinsgut gebührt in der Regel dem Besitzer desselben das volle, nur mit der bestimmten Abgabe belastete Eigenthum, und der Zinsberechtigte steht mit dem Zinspflichtigen in keinem andern Verhältniß, als wie ein Realgläubiger. Ist aber Jemandem ein Gut vom bisherigen Eigenthümer zum nutzbaren Eigenthum, unter Vorbehalt gewisser zur Anerkennung des Obereigenthums zu leistenden Reichnisse überlassen worden, so ist die Uebertragung eines unvollkommenen Eigenthums oder die Eigenschaft eines Erbzinsguts anzunehmen, an welchem dem Erbzinsmann nur das nutzbare Eigenthum zusteht; Beck de jure emphyteut. Cap. I. §. 6., vergl. Preuß. allgem. Landr. Th. I. Tit 18. §. 680. ꝛc. u. 813. ꝛc.

Zu 13) Bezüglich dessen, was oben §. 117. Fr. 3. u. 13. gesagt worden ist, mag allerdings beim census reservativus, demnach insbesondere bei Erbzinslehen, nach Analogie der praescriptio feudi anzunehmen seyn, daß zur erlöschenden Verjährung der emphyteutischen Qualität eine das volle Eigenthum involvirende Usurpation des

Erbzinsmanns und 30—40jährige Beruhigung des Erbzinslehnherrn erfordert werde, Boehmer Princ. jur. feudalis §. 369., wie es auch im Preuß. Landr. Th. I. Tit. 18. §. 657. u. 812. angenommen ist, sofern nicht das Recht des Lehnsherrn im Hypothekenbuch evident gehalten wurde, cf. Beck de jure emphyteut. Cap. 14. S. 375. Wenn der Erbzinsmann das Gut verkauft und in der Eigenschaft eines vollkommen eigenthümlichen Guts transferirt hat, so kann der Käufer es in dieser Qualität in 10 oder 20 Jahren ersitzen, und den Obereigenthumsherrn davon ausschließen; Beck l. c. Vergl. auch Friedlieb Rechtstheorie d. Reallast. S. 331 ff.

Zu 14) Diese Frage ist nur in dem Fall zu bejahen, wenn das verliehene Gut ohne Schuld des Erbzinsmanns in einen solchen Zustand gerathen ist, daß dieser gar keinen Nutzen mehr daraus ziehen kann; Beck l. c. Cap. 14. §. 3. S. 368., Leyser Sp. 105. Corr. I., Gebr. Overbeck Bd. II. no. 70. und Struben rechtliche Bedenken Thl. II. Bed. 144. verneinen jedoch, indem sie die Grundsätze der römischen Emphyteuse vor Augen haben, das Refutationsrecht oder Derelictionsrecht der Erbzinsleute, und Meyer geradezu, jedoch mit der schwankenden Limitation: „wenn sonst keine rechtmäßigen Ursachen dazu da sind;" — vergl. v. Strombeck Beitr. zur Rechtswissenschaft Deutschlands, Abh. 3. über die Frage: wer trägt den Schaden, wenn ein Erbzinsgut ganz oder zum Theil vernichtet wird?

Zu 15) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Diejenigen, welche dem Erbzinsherrn alle Rechte des Eigenthums vindiciren, welche er nicht ausdrücklich auf den Erbzinslehnmann übertragen hat, eignen dem Erbzinslehnherrn den gefundenen Schatz ganz zu, weil er nicht als Frucht oder Nutzung des Guts betrachtet werden kann. Hiernach kann der Erbzinsmann als solcher vom Schatz gar nichts, und als Finder nur die Hälfte davon erhalten; §. 36. J. 2. 1., Lauterbach Diss. de thesauro th. 19. u. 27., Harpprecht ad §. 3. Inst. de locat. conduct. no. 272., Beck vom Erbzinsrecht Kap. 8. §. 2., Nürnbergische Reformation Tit. 25. Ges. 1. Andere hingegen eignen den gefundenen Schatz dem Erbzinslehnmann ganz zu, indem sie ihn zu den außerordentlichen Nutzungen zählen; Struv. Syntagma juris feud. cap. 12. Aphor. 5. Carpzov. P. II. Const. 53. Def. 6. no. 7., Mittermaier a. a. O. Bd. I. §. 162. no. 5. S. 397 ff., Preuß. allg. Landr. Th. I. Tit. 9. §. 94. Tit. 18. §. 7. Wieder Andere, vom Princip des getheilten Eigenthums ausgehend, theilen den dem Eigenthümer als solchem zustehenden Anspruch auf den Schatz zwischen dem Obereigenthümer und Nutzungseigenthümer. Dieses Princip ist

im Oesterreichischen Gesetzbuch §. 399. u. 1143. angenommen, welches übrigens die Eigenthümlichkeit hat, daß dem Staat $^1/_3$ an dem gefundenen Schatz zusteht. Nach Hinwegnahme dieses fiscalischen Drittheils bekommt daher der Finder $^1/_3$ und das dem Eigenthum des Grundes zu Gute kommende $^1/_3$ wird zwischen dem Ober- und Nutzungseigenthümer gleichheitlich getheilt, so daß Jeder $^1/_6$ erhält, vergleiche das folgende Kapitel IV. Frage 7.

Zu 16) Mittermaier im deutsch. Privatr. §. 99. (92.) sagt hierüber: „wenn der bisherige Leibherr Abgaben, welche vorher der Leibeigene leistete, noch fortdauernd als gutsherrliche Abgaben verlangt, muß er den Beweis ihrer von der Leibeigenschaft unabhängigen Natur führen; aber eben so muß das Recht dem Leibeigenen zustehen, den Beweis zu führen, daß eine von ihm als nicht leibrechtlich geforderte Abgabe eine leibeigenschaftliche sey." — Dabei ist nun vorausgesetzt, was in den wenigsten Fällen sich constatiren läßt, daß auf einem bäuerlichen Verhältniß früher der Zustand der Leibeigenschaft wirklich bestanden habe. Man wird vielmehr hier mehr als in irgend einem Fall bei dem Grundsatz stehen bleiben müssen, daß dem Besitzstand die Vermuthung der Rechtmäßigkeit zur Seite stehe. Abgesehen davon, daß der Zustand der Leibeigenschaft in vielen Gegenden Deutschlands seit unvordenklicher Zeit aufgehört hat, kommt besonders in Betracht, daß die bäuerlichen Lasten, welche mit der Leibeigenschaft verbunden waren, auch in den ältesten Zeiten sich nicht minder auf Gütern der Freien vorfinden. Wenn auch bei persönlichen Lasten sich noch am meisten der Ursprung aus Leibeigenschaft vermuthen ließe, so würde doch mit zulänglichem Grund nicht angenommen werden können, daß in Folge der neueren Gesetze, durch welche die Leibeigenschaft aufgehoben worden ist, alle Arten von Diensten und Abgaben cessiren müßten, welche nicht vorher schon bloße Reallasten waren. Z. B. Schutzgelder sind auf Gütern hergebracht, ohne daß davon auf den Leibzins der Leibeigenen nothwendig zu schließen wäre, s. Kreittmayr Anmerk. zum bayer. Landr. Th. I. Kap. 8. §. 13., Frohnen, ohne die mit der Leibeigenschaft verbundene absolute Dienstpflicht, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 71. Auch bei Freien wurde oft vertragsmäßig*) das mortuarium und Besthaupt stipulirt, während wieder Leibeigene vorkommen, die gar kein Besthaupt geben, s. Mit-

*) In dem preußischen Gesetz vom 25. Septbr. 1820. über die bäuerlichen Verhältnisse in dem ehemaligen Königreich Westphalen, Großherzogthum Berg xc. wurde im Bergischen das Besthaupt als Reallast anerkannt, während es in den übrigen Provinzen als Folge der Leibeigenschaft aufgehoben wurde; §. 9. u. 51.

termaier deutsch. Privatr. §. 93. — Die neuen Gesetzgebungen sind daher selbst sehr schwankend, indem sie, z. B. das Würtembergische Gesetz v. J. 1817., alle Arten von Diensten und Abgaben, die nicht schon vorher bloße Reallast waren, bald mit bald ohne Entschädigung aufgehoben haben.

Zu 17) Der Gutsherr empfängt das Schutzgeld oder Herbergsgeld für die Erlaubniß, Andere als die Eingehörigen in das Gut aufzunehmen, dieser Grund schlägt aber nicht an bei dem Austrägler, welcher aus dem zuvor eigenthümlichen Gut vermöge eines theilweisen Eigenthums-Reservats sitzen bleibt.

Zu 18) Diese Frage ist nach Analogie der l. 30. pr. D. 8. 2. zu verneinen, ausgenommen, wenn der Erwerb der belasteten Sache aus einem solchen Grund angefochten wird, nach welchem derselbe als gar nicht geschehen angesehen wird, z. B. wenn er unter einer Resolutivbedingung geschah, und diese eingetreten ist, desgleichen im Falle der l. 57. pr. D. de usufr. (7. 1.), Duncker a. a. O. §. 30.

Laudemien.*)

Laudemium, Handlohn, Auffahrt, Ehrschatz [Weinkauf, Lehnwaare, Gewinngeld, Leibgeld], oder die in noch gar vielfachen Benennungen vorkommende als unmittelbare Folge aus der bäuerlichen Zinspflicht nach der Parömie: „die Henne trägt den Handlohn auf dem Schwanz," zwar nicht immer und nothwendig, aber doch regelmäßig hervorgehende Reichniß jedes neuen Gutsempfängers beruht in allen Beziehungen so sehr auf besonderen Gewohnheiten, Herkommen und Verträgen, daß über die Frage: wann, in welcher Größe, von welchen Personen und in welchen Fällen Handlohn zu entrichten sey, ob dasselbe nur auf einer persönlichen Verbindlichkeit beruhe, oder als Reallast auf dem bäuerlichen Gut hafte, s. Puchta über die gerichtlichen Klagen S. 298., Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. II. S. 314., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. §. 172.

*) Daß Laudemien die Eigenschaft einer Reallast haben, wie viele ältere Rechtslehrer angenommen haben, s. Glück Thl. VIII. § 615. und die in not. 75. citirten Schriftsteller, ist von Neueren mehrfach bestritten, s. Duncker a. a. O. §. 54., Mittermaier §. 444., Runde deutsch. Privatr. §. 533. von Andern dagegen anerkannt, s. Maurenbrecher a. a. O. §. 274., Ortloff Grundzüge §. 239., Schwarz das Institut der Reallasten §. 24. Nicht zu leugnen ist, daß Gesetz und Herkommen den Laudemien häufig die Eigenschaft einer Reallast beigelegt haben.

(153.), Bd. II. §. 496. — ob nicht nur Auffahrt, sondern auch Abfahrt zu prästiren sey, kaum etwas allgemein Giltiges aufgestellt werden kann.

Nächst den Grundprincipien:

a) daß das Handlohn erst in Folge wirklicher Besitzübertragung an den neuen Lehnmann rechtlich gefordert werden kann, sofern nicht die Landesverfassung und Verordnungen mit sich bringen, daß es nicht für die Beleihung, sondern für die Veräußerungs-Erlaubniß entrichtet wird;

b) daß eine schon in der ersten Beleihung begriffene Person, mithin der Descendent des letzten Besitzers handlohnfrei ist;

c) daß beim Rückgang eines Kaufgeschäfts nur dann das Laudemium wegfällt, wenn das Geschäft einer Nichtigkeit unterlag;

d) daß, wenn von mehreren Erben in absteigender Linie Einer das Gut übernimmt, und den Andern hinausbezahlt, das Handlohn blos von der Summe der Hinauszahlungen zu berechnen ist, und

e) wenn Mehrere gemeinschaftlich ein Erbzinslehngut kaufen, sie nicht solidarisch verbunden sind, sondern einen tauglichen Lehnträger zu stellen haben, an welchen sich der Erbzinslehnherr zu halten hat,

muß auf die Schriftsteller verwiesen werden, welche sich diese Materie zur besonderen Aufgabe gemacht haben, s. Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. II. S. 312. 2c. 336—341., 365—408., Bd. III. S. 272., Glück Thl. VIII. §. 611—615. 617. u. 618., ferner Frantzkius Tr. de laudemio. Jen. 1728., Besold thesaur. pract. s. v. vom Handlohn; Walch Diss. de laudemio a liberis parentibus suis successuris solvendo in Opusc. T. II. pag. 273., Brockes Diss. de herede fundi laudemialis in divisione hereditatis a laudemio non simpliciter immuni, Hoffmann Spec. jurispr. symbolicae veterum Germanorum, Henne Diss. de laudemio censuali vulgo von der Erbzinslehnwaare, Erfurt 1770., Lennep von der Leihe zu Landsiedelrechte, Beck Tr. de jure emphyteutico, Desselben Tr. von Nachsteuer und Handlohn mit Langens Anmerkungen, Bayreuth 1781., Schröters Abhandl. von der Lehnwaare und andern Belehnungsgebühren, Struben, de jure villicorum, v. Buri Abhandl. v. Bauerngütern, Danz Handb. des deutschen Privatr. Bd. V. §. 531. 2c., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 221. T. III. Obs. 33. u. 34., Justi Veracii consuetudines Bambergenses pag. 62., Schwarz das Institut der Reallasten auf deutschen Bauerngütern, Erlangen 1827.

Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät in Tübingen über 7 Rechtsfragen aus dem Lehnrecht (Beweiskraft des Saal- oder Lagerbuchs, Maßstab bei Berechnung des Handlohns, Handlohnsfreiheit des Heirathsguts rc.) bekannt gemacht von Dr. C. F. A. Tafel, Oehringen 1843. v. Gerber System §. 143., Bluntschli Privatr. §. 108. No. 1. u. Walter System §. 538. — Ueber den Heimfall eines Erbzinsgutes wegen nicht bezahlten Canons, s. Schmalz neue Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle und Entscheidungen der Halleschen Juristenfacultät Bd. II. S. 264.

---

§. 121.

C. Zehnten.*)

1) Da die Entstehungsart der Zehnten verschieden ist, so fragt sich bei der darnach gebildeten Eintheilung in geistliche und weltliche Zehnten, ob für die eine oder andere Eigenschaft eine Rechtsvermuthung streite, und aus welchen Quellen die Entscheidung vorkommender Zehntstreitigkeiten zu schöpfen sey?
2) Ist das Rechtsverhältniß eines ursprünglich weltlichen und eines ursprünglich geistlichen, aber in weltliche Hände übergegangenen Zehnts verschieden zu beurtheilen?
3) Haftet das Zehntrecht auf dem Grund und Boden, oder auf den Früchten, oder auf beiden zugleich?
4) In welcher Zeit kann das Zehntrecht durch Verjährung erworben werden?
5) Was wird zum Groß- und was zum Klein-Zehnt gerechnet?
6) Wem gebührt der Neubruch oder Novalzehnt?
7) Was wird unter Universal- und Particular-Zehnt verstanden?

---

*) Vergl. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. S. 521., daß hinsichtlich des Fortzählens von einem Acker auf den andern vorzüglich die Observanz zu beobachten sey. — Günther rechtl. Bemerkungen Th. I. S. 15. vom Lämmerzehnt. — v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. S. 228., Bd. IX. S. 342. vom Kartoffelzehnt. — Im Badischen wird derselbe zum Großzehnt gerechnet, s. v. Hohnhorst Jahrbücher des Oberhofg. in Mannheim Bd. I. S. 276. Mohn gehört zum Kleinzehnt, ebend. Bd. IV. S. 224. Reps gehört zum Großzehnt, ebendas. Bd. II. S. 281. [Weitere Literatur s. Gengler Lehrbuch I. §. 79.]

8) Findet für ein allgemeines Zehntrecht eine juristische Vermuthung statt, oder wem liegt der Beweis in streitigen Fällen ob?

9) Da man, so viel die nicht nur ursprünglich, sondern noch nach dem dermaligen Besitzstand geistlichen Zehnten betrifft, dem Pfarrer rücksichtlich desselben fundatam intentionem im Umfang seiner Parochie zugestehen muß, Cap. 18. X. de decimis (3. 30.), so fragt sich, ob im Zweifel auch der Kleinzehnt für inbegriffen zu betrachten sey?

10) Muß es sich der Zehntherr gefallen lassen, wenn der Besitzer eines zehntpflichtigen Felds dieses öde liegen läßt, und dagegen eine nicht zehntpflichtige Oedung cultivirt; oder wenn ein Grundstück durch veränderten Anbau dem auf eine Gattung von Früchten beschränkten Zehnt, z. B. dem Groß- oder Kleinzehnt, Heuzehnt ꝛc. entzogen wird?

11) Wenn Früchte gebaut werden, welche früher nicht bekannt oder nicht gebräuchlich waren, hat der Zehntherr des Grundes, auf dem sie gebaut werden, auch auf diese Anspruch, und nach welchen Grundsätzen ist zu entscheiden, ob dergleichen neue Früchte dem Großzehnt oder Kleinzehnt zu Gute kommen?

12) Kann der Privatzehntherr, welcher den Zehnt auf den Brachfeldern nicht hergebracht hat, denselben nicht doch in dem Fall fordern, wenn die Brachfelder besäet werden?

13) Wenn Klee oder Futterkräuter auf Brachfeldern und dazu cultivirten Oedungen gebaut werden, ist davon an den Universalzehntherrn auch der Zehnt zu entrichten?

14) Man nennt es bekanntlich den stehenden Zehnt, wenn der herkömmlichen Ordnung nach die Frucht nicht eher vom Acker fortgebracht werden darf, als bis nach vorgängiger Anzeige des Zehntpflichtigen die Auszehntung geschehen ist, dagegen nennt man es den fliegenden Zehnt, wenn der Pflichtige seine Frucht, unter Zurücklassung des Zehnts auf dem Felde, wegbringen darf, sofern der Zehntherr nicht in gewisser Zeit die Auszehntung vorgenommen hat. Beim stehenden Zehnt hängt es lediglich vom Zehntherrn ab, wann er auszehnten lassen will, beim fliegenden Zehnt muß der Zehntherr auszehnten lassen, wenn der Bauer zu ernten beginnt. Es fragt sich demnach, für welche von beiden Ausübungsarten des Zehntrechts die Vermuthung gelte?

15) Kann der Zugzehnt oder Naturalzehnt durch langen Gebrauch in einen Sackzehnt unabänderlich verwandelt werden?
16) Darf der Zehntherr beim Blutzehnt das beste Stück wählen?
17) Kann beim Blutzehnt von Jahr zu Jahr fortgezählt werden?
18) Ist das junge Vieh mitzuzählen, welches vor oder nach der Beschreibung umgekommen ist?
19) Steht dem Zehntherrn das Recht zu, von einem Acker auf den andern fortzuzählen?
20) Darf der Zehntherr die zehnte Garbe wählen?
21) Was ist in Ansehung des Lieferungsorts Rechtens?
22) Kann das Zehntrecht durch Nichtgebrauch in der zur Extinctiv-Verjährung erforderlichen Zeit erlöschen?
23) Kann dasselbe durch Verjährung erworben werden?

Zu 1) Wenn Gründler in der Polemik des germanischen Rechts §. 227. die Vermuthung für den geistlichen Zehnt nach dem Zeugniß einiger Schriftsteller geltend macht, so wird bezüglich Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. §. 16—35. höchstens die, obwohl auch noch bestrittene, Behauptung zugegeben werden können, daß der Zehnt seinem Ursprung nach am häufigsten als ein Kirchenzehnt gefunden wird, s. Grimm Alterthümer S. 91., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 252. no. 3.; allein da es ebensowohl ursprünglich weltliche, als ursprünglich geistliche Zehnten gibt, und jene in Deutschland sogar älter sind, s. Boehmer Exerc. T. I. no. 18. §. 4. 5. 23., so läßt sich wohl keine Vermuthung für den geistlichen Zehnt aufstellen, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 183. (Ed. 5.), Maurenbrecher Lehrb. des heutigen gem. deutsch. Rechts Bd. I. S. 337., Schnaubert Erläuterung des Lehnrechts S. 225., Scherer rechtliche Bemerkungen über das Zehntwesen §. 7—21., v. Gerber System §. 190. Anm. 2. u. Walter System §. 531. Anm. 4. u. §. 532. IV. Die hauptsächlichen Entscheidungsquellen sind daher: Vertrag, Herkommen,*) Verjährung, Zehntordnungen und in deren

---

*) Man kann wohl sagen, daß im Zehntwesen fast Alles durch Herkommen und Gewohnheit sich gebildet und befestigt hat, z. B. Zehntfreiheiten, das Zehntquantum, welches nicht immer im 10., sondern auch hie und da im 11., 20., 30., oder auch im 5. und 8. Theil besteht, s. v. Espen J. Eccles. univ. P. II. Sect. IV. tit. 2. cap. 8. no. 10., Struben rechtliche Bedenken Th. IV. no. 169., Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. Obs. 209., Boehmer de origine et ratione decimarum in Germania §. 13. u. 14.; die Frage: ob

Ermangelung das canonische Recht, soweit dessen Bestimmungen blos auf die Natur des Objects und nicht auf die Eigenthümlichkeiten Bezug haben, die aus der den Kirchenzehnten beigelegten Eigenschaft einer res spiritualis entstehen; Eichhorn deutsch. Privatr. §. 252. u. 254., Struben rechtl. Bedenken Th. I. no. 102., Boehmer Instit. jur. canon. in praefat. §. 11.

Zu 2) Der Unterschied zwischen geistlichen und weltlichen Zehnten ist zwar sehr wichtig wegen der Rechtsnormen, welche darauf anzuwenden sind [namentlich ob Canonisches Recht], wegen der Verschiedenh it der Veräußerungs-Befugniß, und wegen der darauf ruhenden Lasten, insbesondere der Kirchenbaulast; Sartori von den Laienzehnten, Würzburg 1788., v. Dalwigk prakt. Erörter. S. 235. Wenn aber einmal ein geistlicher Zehnt in weltliche Hände übergegangen ist, so könnte der Unterschied nur dann praktisch bleiben, wenn man, wie Einzelne versucht haben, der Spiritualität der Kirchenzehnten einen unauslöschlichen Charakter beilegen müßte; s. Endres Disc. de decimatore nobili favoris ecclesiarum parochialium quoad praescriptionem extinctivam participe §. 22. in Schmidt's Thes. jur. eccles. P. VII. pag. 364.

Diese Meinung ist aber anderwärts gründlich widerlegt. Nachdem der Zehnt durch eine von Seite der Kirche vorgenommene Veräußerung seinem ursprünglichen Zweck entzogen ist, ist auch seine erste Bestimmung und die damit in Zusammenhang gesetzte Spiritualität aufgehoben, und er kann nur als ein weltlicher Zehnt gelten, gleichviel, wann er es geworden ist. Deputatione decimarum per ipsam translationem in alios mutata, earum spiritualitas desinat, necesse est; Riegger Instit. jurispr. eccles. P. III. §. 490., Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. §. 35. Die weltlichen Zehnten müssen deshalb auch von der Kirchenbaulast, welche den geistlichen Zehnten obliegt, freigesprochen werden; denn die Reparatur geschieht aus dem Kirchenvermögen, zu welchem aber die an weltliche Personen veräußerten Zehnten nicht mehr gehören. Es kann auch hier kein onus reale be-

---

von einem Acker zum andern fortgezählt werden darf, ob gewisse Früchte zum großen oder kleinen Z hnt zu rechnen seyen, ob vom kleinen Zehnt das Faselvieh gestellt werde, s. Schorch Resp. Erford. R. 256. no. 23.; ob der Zehnt von einem Acker zweimal im Jahre gegeben werde, Cramer Obs. 637., Schweser Zehntrecht cap. 6. §. 13., cap. 13.; ob mit einem Zehnt die Kirchenbaulast verbunden sey; was in Ansehung der Novalien zu beobachten sey; ob durch Veränderung des Anbaues, z. B. durch Verwandlung der Aecker in Wiesen, der Feldzehnt auf solchen Grundstücken aufhöre und dergl.

hauptet werden, weil die Verbindlichkeit zu contribuiren, die Eigenschaft der kirchlichen Sache voraussetzt, welche in den Händen eines weltlichen Besitzers, wenn er nicht Vasall der Kirche ist, in Ansehung seiner aufgehört hat; Schnaubert Erläuterung d. Lehnr. S. 269., Boehmer Princ. jur. canon. §. 646. et autores ibi alleg. Haus D. de eo, quod justum est circa onus reficiendi aedificia ecclesiastica §. 26., Richl Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten S. 197. Im Allgemeinen sind über diese Materie folgende Schriften in Betreff der Kirchenbaulast zu bemerken: Reinhard über kirchliche Baulast, Stuttg. 1836. Die Pflicht der bäuerlichen Unterhaltung der Cultusgebäude aus den Quellen des Bayerischen Rechts, Augsburg 1832., Permaneder die kirchliche Baulast oder die Verbindlichkeit der bäulichen Erhaltung und Wiederherstellung der kirchlichen Gebäude aus den Quellen des gem. canonischen und bayerischen Rechts, München 1838., Helfert von der Erbauung, Erhaltung und Herstellung der kirchlichen Gebäude, nach dem gem. und besondern österreichischen Kirchenrecht, Prag 1834., Kritz Sammlung von Rechtsfällen Bd. I. S. 38., Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. VIII. S. 305., Lang im civilist. Archiv Bd. XXVI. S. 12. und 296., Helfert das. Bd. XXVII. S. 103.

Zu 3) Diese Frage ist deswegen sehr wichtig, weil sich an sie die Entscheidung mehrerer anderer Fragen knüpft, z. B. ob der Zehntpflichtige ohne Einwilligung des Zehntherrn die Art des Anbaues des zehntbaren Landes zum Nachtheil des Zehntherrn verändern kann, ob Früchte, deren Anbau erst in neuerer Zeit gebräuchlich geworden ist, dem Zehntrecht unterworfen sind und dergl. Die Meinungen sind verschieden. Am wenigsten möchte denen zuzustimmen seyn, welche den Zehnt blos als ein onus fructuum ansehen, J. H. Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 3. §. 30., G. L. Boehmer Princ. jur. canon. §. 650. u. 653., Spring nützliche Vorstellung u. Ausübung des Zehntrechts Kap. 8. §. 11., denn wenngleich in der ursprünglichen Entstehung aus der Israelitischen Verfassung die Zehntentrichtung nur ein onus fructuum war, so ist dies doch auf keine andere Verfassung anwendbar. — Man würde wohl keinen Augenblick Bedenken tragen, das Zehntrecht als onus fundi schlechthin anzuerkennen, wenn der Zehnt noch und überall den universellen Charakter behalten hätte, wie er sich in den altdeutschen Parömien ausgedrückt findet: „wo der Pflug hingehet, da gehet auch der Zehnt hin,“ und „was der Acker trägt, das ist zehntbar,“ oder wie das canonische Recht den Pfarrzehnten bestimmt ausgeprägt hat. Beim Universalzehnt ratione locorum e-

fructuum fällt es wohl in die Augen, daß der Zehnt ein onus fundi seyn muß, woraus dann von selbst folgt, daß ihm auch solche Früchte unterworfen sind, welche vorher in der Gegend unbekannt und ungebräuchlich waren; v. Cramer Wezlarische Nebenstunden Thl. LXXXVIII. Abh. 1. §. 3. Abh. 3. §. 9., Orth Samml. merkw. Rechtshändel Thl. II. no. 3. §. 4., Mevii Decis. P. IX. Dec. 69., Walter System §. 532. IX. u. Bluntschli Privatr. §. 95. No. 4. Hier und da findet man auch noch dieses Grundprincip, daß der Zehnt auf dem Grund und Boden hafte, bestimmt ausgesprochen, z. B. in den Baireuthischen Verordnungen; s. Arnold Beiträge zum deutschen Privatrecht Bd. II. S. 222. Das canonische Recht spricht es auch auf das Bestimmteste aus, daß das Zehntrecht ein onus reale fundi et fructuum sey; c. 21. 24. 26. 28. 30. 32. und 34. X. de decimis (3. 30.) cap. ult. X. de parochiis. (3. 29.) Allein eine der verdrießlichsten Lasten, wie der Zehnt, konnte ihren universellen Charakter im Lauf der Zeiten nicht durchaus behaupten, ja ein Universalzehnt*) im vollen Begriff soll in Deutschland, wie Scherer in den rechtlichen Bemerkungen über das Zehntwesen bemerkt, nur selten zu finden seyn. — Das preußische Landrecht z. B. Thl. II. Tit. 11. §. 875. will da, wo der Zehnt überhaupt und ohne weitere Bestimmung hergebracht ist, nur den Großzehnt darunter verstanden wissen. Selbst in dem sonst ganz katholischen Bayern wird den Pfarreien nur der Großzehnt, der kleine aber nur im Fall eines besondern Erwerbsgrundes, und selbst nur dann, soweit als er wirklich hergebracht ist, zugestanden; s. Cod. Max. Bav. Civ. P. II. cap. 10. §. 3., vergl. Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. I. S. 405., Bd. VI. S. 321., Bd. VII. S. 33., Bd. VIII. S. 28. Die Particularzehnten gaben die erste Veranlassung, den Zehnten nur als ein onus fructuum determinatorum zu betrachten; s. Schweser vom Zehntrecht Kap. 6. §. 8. und §. 37., Boehmer Jus parochiale Sect. VII. cap. 1. §. 21., Zangen Rechtserörterungen Thl. II. S. 75. Wenn nun gleich der Umfang eines Rechts die Natur desselben bestimmen kann, daher gewiß nur diejenigen Recht haben, welche den Zehnt eine nicht eigentlich auf den Früchten, sondern auf dem Grund und Boden selbst haftende Reallast anerkennen, s. Maurenbrecher Lehrb. d. h. gem. deutsch. Rechts §. 268., Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. §. 80., so war man doch durch die verschiedenen Gestaltungen und Modificationen des Zehntrechts veranlaßt, bei Bildung des Hauptbegriffs künstlich ein Mittelding zu er-

*) [s. zu Fr. 7.]

zeugen. Der Satz des canonischen Rechts: decimae sunt onus reale fructuum et fundi, blieb stehen; s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 254., Schnaubert Commentar zu Böhmers Lehnrecht S. 248., Gründler Polemik d. germ. Rechts §. 233., Wiese Handb. d. Kirchenrechts Bd. II. S. 784., Maurenbrecher a. a. O. Bd. I. S. 338., v. Weber Handbuch des Lehnrechts Thl. II. S. 440. §. 74., aber in der Verknüpfung beider zeigen sich noch Abweichungen in der Praxis. Eine häufige Vorstellungsart ist: „der Zehnt haftet immediate et proxime auf den Früchten, mediate et remote auf dem Grundstück," oder nach Mittermaier a. a. O. §. 185.: „Die Zehntlast ruht zunächst auf den Früchten und auf Grund und Boden nur insofern die Last auf jeden Besitzer übergeht."

Zu 4) Nach der herrschenden Meinung, unter Laien, mit gerechtem Titel und gutem Glauben in 10 oder 20 Jahren, ohne Titel, aber mit gutem Glauben, in 30 Jahren; Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 3. §. 41. Vergl. indessen oben §. 120. zu Fr. 5.

Zu 5) Der Ortsgebrauch ist zwar verschieden, unzweifelhaft aber gehören zum großen Zehnt alle Getreidearten, und an den meisten Orten überhaupt, was Halm und Stengel treibt, in Weinländern auch der Weinzehnt, häufig auch der Heuzehnt. Zum Kleinzehnt gehören alle Baumfrüchte, Gemüsearten, Erdäpfel, Wurzelgewächse, Schmalsaatfrüchte, so wie auch der Blutzehnt, s. Klingner Dorf- und Bauernrecht Thl. II. Kap. 7., Bergius Polizei- und Cameralmagazin voce Zehnten §. 4., Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 258. S. 488. Bei Entstehung neuer Fruchtarten kann man für ihre Classification wohl keinen andern Anhaltspunkt finden, als diesen, daß Früchte, welche zum Handel im Großen tauglich sind, und welche nicht als bloße Nachsaat erscheinen, sondern eben so zum Sommer- wie zum Winterbau geeignet sind, zum Großzehnt gerechnet werden, z. B. Reps, Hopfen rc.; v. Ammon in v. Zu-Rheins Zeitschr. für Theorie und Praxis Bd. I. S. 294., Du Prel Sammlung auserlesener bayerischer Rechtsfälle Bd. VIII. S. 281., Weishaar Handbuch des Würtembergischen Privatrechts Th. II. §. 506. S. 59., Bielitz Commentar zum preuß. allgem. Landr. Th. VII. S. 475.

Zu 6) Beim Pfarrzehnt in katholischen Ländern ist es keinem Zweifel unterworfen, daß der Novalzehnt der Kirche als Zehntherrschaft gebührt; c. 13. 27. 29. X. de decimis (3. 30.), doch ist er auf die Besitzungen der Parochianen beschränkt und kann nicht auf fürstliche Kammergüter und auf Besitzungen des Adels erstreckt werden, welche lediglich nach gutsherrlichen Rechten beurtheilt werden, s. v. We-

der Lehnrechts=Commentar Bd. II. S. 437. Auch können Klöster, Kathedralen und Collegiatkirchen so wenig als Laien Anspruch auf den Novalzehnt machen, wenn sie das Zehntrecht nur aus einer besonderen Verleihung erlangt haben, sie müßten denn einen rechtmäßigen Grund, weswegen er ihnen gebühre, darthun können, s. v. Weber a. a. O. Conform ist das preuß. Landr. Th. I. Tit. 11. §. 890—892. In protestantischen Ländern wird es wenigstens dann, wenn die Pfarrbedürfnisse ohnedem genugsam versorgt sind, bezweifelt, ob nach den Grundsätzen dieser Kirche den Kirchenzehnten ein anderes Recht zukomme, als den Laienzehnten; Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 3. §. 64. spricht sich dagegen sehr bestimmt aus: Nos Protestantes, non statuentes, decimas jure divino deberi, nullam necessitatem in decimis, quae lege ecclesiastica positiva invaluerunt, agnoscimus. Retinuimus easdem, quatenus introductae et ut onus rebus inhaerent nec in desuetudinem abiere. Ad novas introducendas, deficiente lege provinciali nulla nos cogit necessitas, nec ad eas admittendas in iis, qui novale fecerunt, aliqua adesse videtur obligatio perfecta secundum principia nostrarum ecclesiarum. Pro libertate ergo in dubio magis standum pronunciandumque, quae illis non invidenda, qui magnis saepe sumtibus praedia ad culturam deducunt et ita simul reipublicae prosunt.

In mehreren protestantischen Ländern hat sich der Landesherr den Novalzehnt zugeeignet, aber ein jus commune kann dafür, wie Manche behauptet haben, s. Harpprecht Cons. 14. no. 78., Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 257., Denecke Dorf= und Landrecht Res. 11. S. 309., Lyncker Decis. 1168., Stryck Comm. ad jus eccles. Brunnemanni Lib. II. cap. 6. §. 9. durchaus nicht dargethan werden. Daß der Satz grundlos sey, als habe der Staat ein Recht auf alle wüsten Plätze im Land, ist von den angesehensten Rechtslehrern genügend dargethan, s. die in Gründler Polemik §. 235. angeführten Schriftsteller. Wenn es nämlich im J. P. O. Art. V. §. 47. heißt: inter caeteros status imperii et subditos id juris esto, quod jus commune vel cujuscunque loci consuetudo et observantia de decimis novalibus constituunt, aut per pactiones voluntarias conventum est, so kann unter jus commune nicht eines jeden Fürsten besonders geschaffenes Staatsrecht, sondern nur das canonische Recht verstanden werden; Schnaubert Einl. in das Lehnrecht S. 193., Gründler a. a. O. §. 235., v. Weber Lehnr.=Commentar Bd. II. S. 442., Samhaber D. de normis pace Westphalica praescriptis, juxta quas controversia de jure decimarum novalium maxime Catholicos inter et Protestantes decidenda est. Wirzeburg. 1788., Struben rechtliche

Bedenken Thl. I. no. 100., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Bd. III. S. 201., Mittermaier a. a. O. §. 188., v. Gerber System §. 190. Anm. 3., Gengler Lehrbuch I. S. 327. Auch die Bemühungen derjenigen, welche den Novalzehnt dem Bischof zueignen wollten (besonders Dürr Diss. de parocho a perceptione decimarum novalium in Germania excluso), scheiterten an der gründlichen Widerlegung, welche vorzüglich in Schnaubert's Lehnrechts-Commentar S. 214. und v. Weber Erläuterung des Lehnrechts Th. II. S. 425. ausführlich zu finden ist. Eben so wenig kann dem Guts- und Gerichtsherrn der Novalzehnt zuerkannt werden, woferne er nicht denselben sich auf Grundstücken, die er aus seinem Eigenthum den Gutsuntergebenen überlassen hat, für den Fall der Urbarmachung vorbehalten hat. Ein anderer Grund läßt sich für seinen Anspruch nicht denken, s. v. Weber a. a. O. S. 437., Eichhorn a. a. O. §. 254., Boehmer Electa jur. civ. T. III. Ex. 18. §. 30. und 31. — Demnach müssen die Neubrüche da, wo kein Universalzehnt besteht, nothwendig zehntfrei bleiben, s. v. Weber a. a. O. S. 438., Boehmer J. E. P. l. c. §. 62. u. 63., Runde Beiträge Th. I. no. 14., Friedlieb Rechtstheorie d. Reallasten S. 270. Ist aber ein Universalzehntherr im District vorhanden, so hat wohl dieser den nächsten Anspruch auf den Novalzehnt, wie Mehrere dafür halten. So sagt z. B. v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Bd. III. no. 33.: wenn der Ausbruch aus dem Privateigenthum eines Zehntpflichtigen oder aus dem gemeinen Wald einer zehntpflichtigen Gemeinde geschehen, so hat derjenige den Rottzehnt zu erheben, welcher den Zehnt in der Markung zu erheben hat, somit der geistliche oder weltliche Zehntherr, je nachdem diesem oder jenem das Zehntrecht zukommt; denn da, wo der Zehnt existirt, sey die Freiheit vom Rottzehnt nicht zu vermuthen, sondern vielmehr anzunehmen, daß, wenn Jemand an einem Ort mit dem Zehnt ohne Ausnahme beliehen sey, derselbe ihm von allen Aeckern zukomme, sie mögen ausgebrochen seyn, zu welcher Zeit sie wollen. Der neue Ausbruch sey ein zufälliger Umstand, und da der Zehntherr oft dadurch Schaden leide, daß das bebaut gewesene Land unbebaut liegen bleibe, so sey es auch der Billigkeit gemäß, ihm den Vortheil nicht zu versagen, der daraus entsteht, wenn die Cultur vermehrt wird. — Die meisten Rechtslehrer aber räumen dem Universalzehntherrn den Rottzehnt nicht so unbedingt ein, nisi interveniat justa causa, ex qua titulus, ex quo competant decimae, referri possit ad novales; Boehmer Princ. jur. can. §. 657., Mittermaier a. a. O. §. 188., Gründler Polemik

§. 235., G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 655., Boehmer in Elect. jur. civ. T. III. Ex. 18. §. 30. und 31. und dies scheint auch unzweifelhaft aus c. 25. und c. 29. X. de decimis (3. 30.) hervorzugehen. Damit steht die Eintheilung des Zehntrechts in ein vollkommenes und minder vollkommenes in Verbindung. Bei Infeudationen wird das letztere vermuthet, welches sich blos auf den ältern Zehnt beschränkt, wovon also Neugereuth [Neubruch] ausgeschlossen bleibt. Das vollkommene Zehntrecht wird aber dann angenommen, wenn in den Verleihungsurkunden solche Ausdrücke enthalten sind, welche die darauf gerichtete Absicht andeuten, z. B. die Clausel: nichts ausgenommen, besucht oder unbesucht, oder decimae cum omni integritate, decimae praesentes et futurae, decimam cum omnibus suis pertinentiis et universis juribus; oder wenn vom Bischof das Patronatsrecht mit dem damit verbundenen Zehnt als Lehn verliehen worden ist, s. v. Weber Lehnr. Commentar Thl. II. S. 442. — Böhmer in den Rechtsfällen Bd. II. Abth. I. Resp. 141. nimmt das volle Zehntrecht an, wenn Jemand mit dem Zehnt über einen ganzen District belehnt sey; denn dieser begreife ja alles in demselben befindliche Land.

Ueber den eigentlichen Begriff findet man schon ein früheres Schwanken in c. 21. X. de verb. sign. (5. 40.) Dort heißt es: ager novalis est, qui de novo ad cultum reductus est, de quo non extat memoria, quod aliquando cultus fuisset. Sind nun auch ausgereutete Waldungen und trocken gelegte Seen, wenn sie zu Feldern oder Wiesen umgewandelt werden, darunter begriffen? Bejahen muß man diese Frage nach der gewöhnlichen Erklärungsart: „Neugereuth oder Neubruch begreift alle solche Grundstücke, welche bisher entweder gar keine oder doch nur solche Früchte hervorbrachten, welche ohne allen menschlichen Fleiß und Sorgfalt gewonnen werden," s. Seuffert und Glück Blätter f. Rechtsanwendung Thl. IV. S. 158. oder nach Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. §. 60. Dicendum ergo est, novale esse omnem fundum, qui demum noviter in formam agri est redactus, utut non absolute incultus fuerit; vergl. Scherer Zehntwesen §. 26., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. V. §. 512.

Zu 7) Ein Universalzehnt im vollen Sinn ist universell in allen seinen Wirkungen, ratione locorum et fructuum, indem er, was die Oertlichkeit betrifft, die ganze Gemarkung eines Orts, und hinsichtlich der Früchte alle auf derselben erzeugten Fruchtgattungen in sich faßt. Der Particularzehnt hat entweder nur diese oder iene Fruchtarten, oder nur etwelche bestimmte Plätze einer Gemarkung

zum Gegenstand. Ein Zehntrecht kann übrigens auch beiderlei Eigenschaften zugleich haben, es kann universell seyn ratione locorum, und particulär ratione fructuum, oder auch umgekehrt. — Der Begriff von Universalität ratione fructuum wird übrigens öfter durch Landesbrauch und Gewohnheit modificirt, indem gewisse Fruchtarten meistens gar nicht für zehntbar geachtet werden, daher, wie oben bemerkt wurde, bezweifelt werden darf, ob nur ein Universalzehnt im vollsten Sinne in Deutschland zu finden sey, s. Scherer a. a. O. §. 39.

Zu 8) Es ist besonders nach katholischem Kirchenrecht unbezweifelt, daß der Kirche das Zehntrecht über die zehntbaren Grundstücke aller Parochianen im Pfarrbezirke zusteht. Deshalb heißt es auch: clericus clericum non decimat; dies bezieht sich nämlich auf Grundstücke, die ad dotem ecclesiae innerhalb des Pfarrbezirks gehören. Auch bei den protestantischen Kirchenzehnten ist dies als Regel anzunehmen, daß sie den ganzen Pfarrbezirk in sich begreifen. Daraus folgt aber für andere Zehntbesitzer noch kein allgemeines Zehntrecht, s. Gründler Polemik des germ. Rechts §. 230. Ein Private muß daher in der Regel sein Recht sowohl in Bezug auf die Grundstücke, als auf die Fruchtarten beweisen, und wer ein Recht zum Großzehnt besitzt, hat darum noch nicht Anspruch auf den Kleinzehnt. v. Gerber System §. 190.

Für die Eigenschaft des Universalzehnts würde jedoch dann auch zu Gunsten eines Privaten die Rechtsvermuthung gelten müssen, wenn ausgemittelt wäre, daß ein ursprünglicher Pfarr- oder Kirchenzehnt auf ihn übergegangen sey, welchem sonach alle in der Feldmark gelegenen Grundstücke unterworfen seyn mußten, s. preuß. Landrecht Thl. II. Tit. 11. §. 865. Ist dieses der Fall, oder ist in einem Lande die allgemeine Zehntpflicht durch Gesetz oder Herkommen vollkommen begründet, so muß derjenige, welcher zehntfrei seyn will, beweisen, daß sein Grundstück in einer zehntfreien Gemarkung liegt, oder daß er die Zehntfreiheit besonders erworben habe, s. Mittermaier a. a. O. §. 184.

Zu 9) Besitzstand und Landesgewohnheit geben in allen Fällen hierüber den Ausschlag, Schweser Zehntrecht Kap. 5. §. 3., Scherer über das Zehntwesen §. 34. Selbst in dem früher durchaus katholischen Bayern muß — wie vorhin bemerkt wurde — der Pfarrer den Kleinzehnt hergebracht zu haben beweisen, außerdem wird ihm bloß der Großzehnt zuerkannt. Cod. Max. Bav. civ. P. IV. cap. 10. §. 3. no. 3. Nach dem preußischen Landrecht wird da, wo der Zehnt

überhaupt und ohne weitere Bestimmung hergebracht ist, nur der Großzehnt darunter verstanden, s. preuß. Landr. Thl. II. Tit. 11. §. 875.

Zu 10) Es fehlt nicht an Autoritäten dafür, daß der Zehntherr nichts dagegen ausrichten könne, wenn der Zehntpflichtige den Grund und Boden öde liegen lasse. Sie wollen dem Zehntherrn nur ein hypothetisches Recht (?) einräumen, welches nur dann wirksam werde, wenn zehntbare Früchte gewonnen werden, — oder mit andern Worten, wenn es dem Pflichtigen beliebt, das Recht in Wirklichkeit kommen zu lassen. Auch zieht man wohl die auf deutschrechtliche Institute überhaupt nicht anwendbaren Grundsätze des römischen Servitutenrechts herbei, wonach der Berechtigte kein Recht auf ein Handeln des Dienenden, mithin nicht auf ein Anbauen des Bodens hätte, und stellt endlich den Grundsatz der Freiheit des Eigenthums über Alles. Andere Grundsätze des römischen Rechts, welche das nicht dulden, was blos ex invidia und nur dem Andern zum Tort vorgenommen wird, übergehen diese Gelehrten mit Stillschweigen, v. Espen Jus eccles. P. II. tit. 33. cap. 9. no. 19. u. 20., Werndle vom Zehntrecht Bd. III. c. 6., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 187. [Auch Walter System §. 532. IX. unter Berufung auf c. 4. X. 3. 30. und ebenso Bluntschli Privatr. §. 95. No. 4.]. Die einfachste und natürlichste Entscheidung gibt das preuß. Landrecht Thl. II. Tit. 11. §. 884.: „Läßt der Zehntpflichtige die zum Winter- oder Sommerfeld gehörigen Ländereien aus Nachlässigkeit liegen, so ist der Zehntherr befugt, sie in Cultur zu nehmen, und bezieht dann deren ganzen Ertrag für sich.“ Die Ansicht, daß nämlich der Zehntherr nicht durch vorsätzliche oder nachlässige Unterlassung des Anbaues verkürzt werden dürfe, ist auch wohl allgemein die vorherrschende. Der Grund davon liegt nicht nur in der Eigenschaft des Zehnts, als eines auch auf dem Grund und Boden haftenden Rechts, sondern auch selbst in dem Grundbegriff eines jeden Rechts, welchem nothwendig die Verbindlichkeit correspondirt, dem Berechtigten die Ausübung seines Rechts nicht unmöglich zu machen, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. III. no. 77. u. 78., Pufendorf Obs. T. II. Obs. 157. T. III. Obs. 202., Wiese Handbuch des Kirchenr. Bd. II. S. 789., Gründler Polemik §. 234 a., Spangenberg prakt. Erörterungen Bd. I. S. 335. no. 35., Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 217. not. 7., Toepfer D. de serv. rustica agrorum incultorum culturam prohibente, §. 17., v. Gerber System §. 190. a. E. Damit stimmt überein Cod. Max. Bav. civ. T. II. cap. 10. §. 9. u. 11. Vergl. auch Duncker Reallasten S. 226.

Auch durch veränderten Fruchtbau darf der Zehntherr nicht in Verlust versetzt werden, vielmehr muß ihm dann der Zehnt von der andern Frucht werden, wenn er das Zehntrecht auf einem Grundstück besitzt, welches vorher für diese Fruchtart nicht verwendet war, c. 4. X de decimis (3. 30.) — Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. §. 80., Schnaubert Erläuter. des Lehnrechts S. 250., Spring a. a. O. Kap. 6. Damit stimmt überein das preuß. allgem. Landrecht Thl. II. Tit. 11. §. 877. u. 878., s. auch Gründler Polemik §. 234 b., Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 264. S. 501., v. Selchow Rechtsfälle Bd. I. no. 133. Wenn mehrere Zehntherren in einem District concurriren, so kann dies in der Art der Fall seyn, daß Einer den universellen Zehnten und ein Anderer neben ihm nur auf gewisse Grundstücke oder gewisse Früchte das Zehntrecht hat, oder so, daß jeder Zehntherr von dem nämlichen Grundstück und den nämlichen Früchten den Zehnt in Anspruch nimmt, oder der Eine den großen, der Andere den kleinen Zehnt hat. Im ersten Fall hat der particuläre Zehntherr sich nur an die ihm pflichtigen Grundstücke und bestimmten Früchte zu halten; im andern Fall nimmt Jeder die ihm erweislich gebührende Quantität von dem Nutzungsertrag; im dritten Fall übt Jeder sein Zehntrecht in Ansehung aller Früchte aus, welche in den Umfang seines Rechts fallen, je nachdem sie zum großen oder kleinen Zehnt gehören, s. Mittermaier a. a. O. §. 187. In dem Fall, wenn einem Zehntherrn der Zehnt nur von gewissen Fruchtgattungen gebührt, kann der eine oder andere Zehntherr durch den Anbau anderer oder wohl gar neuer, nicht unstreitig jener bestimmten Gattung zu subsumirenden Früchte an seinem Zehntbezug unvermeidlich verlieren und höchstens dann, wenn zehntfreie Früchte in übertriebener Maße blos ex invidia gebaut werden, kann er vielleicht einen Vergütungsanspruch jure surrogati geltend machen, Scherer über das Zehntwesen §. 50. Hat aber der Zehntherr auf gewissen Aeckern absolut das Zehntrecht, so kann er es an jeder Frucht, welche darauf gebaut wird, ausüben, Seuffert das Baurecht rc. S. 86.

Zu 11) Wenn man von dem Grundsatz ausgeht, daß der Zehnt nicht blos ein onus fructuum, sondern wesentlich ein onus fundi sey, so muß man auch solche Früchte, deren Anbau bisher ungebräuchlich war, dem Zehnt als unterworfen betrachten, s. Gründler Polemik §. 234., Schnaubert Erläuterungen des Lehnrechts S. 234., Hagemann Landwirthschaftsrecht §. 264. Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. no. 114. Doch würde es allerdings, um mit Boehmer in Princ. jur. can. §. 650. not. a. zu sprechen,

ein abusus auctoritate imperantium emendandus seyn, wenn der Grundeigenthümer wegen solcher Früchte, welche nicht neu, sondern vermöge einer notorischen Gewohnheit zehntfrei sind, wenn er anfängt, sie in zehntbare Grundstücke zu pflanzen, angehalten werden wollte, auch von diesen den Zehnt zu entrichten, Schnaubert a. a. O. S. 255., wenn nicht Uebertreibung ex invidia zum Grund dienen kann, den Zehntpflichtigen in Schranken zu weisen, oder zu einem Surrogat anzuhalten, arg. l. 206. D. 50. 17. — Link Consil. Altdorf. no. 130. §. 8.

Entsteht die Frage, ob die neue Frucht dem Groß- oder Kleinzehntherrn zuwachse, so ist auf das zu Fr. 5. Gesagte zu recurriren. Man wird übrigens auch in dem Fall, wenn im Lande eine allgemeine Zehntpflicht eingeführt ist, annehmen können, daß die im Sommerfelde gebauten Früchte dem Herrn des kleinen Zehnts, und die im Winterfelde gebauten Früchte dem Herrn des großen Zehnts gehören. Ist in einem Lande nur der Großzehnt eingeführt, so kann demselben die neue Frucht nur dann unterworfen werden, wenn sie dem rechtlich angenommenen Begriff des großen Zehnts genau entspricht. In Ländern, wo der Kleinzehnt nur so weit, als hergebracht ist, zugelassen ist, — wie in Bayern — kann die neugebaute Frucht, wenn sie auch in die Kategorie des Kleinzehnts gelassen würde, demselben doch nicht unterworfen werden, Mittermaier a. a. O. §. 186., Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. I. S. 52.

Hat der Zehntherr nur ratione fundorum ein Universalzehntrecht, aber ratione fructuum nur ein besonderes, so kann er keine neuangebauten Früchte bezehnten. Hat er hingegen ein ratione fructuum universelles, ratione fundorum aber ein particuläres, so kann er in diesem besonderen Bezirke den Zehnt von allen Früchten beziehen, Scherer Zehntwesen §. 42. u. 44.

Zu 12) Gewöhnlich wird nur ein auf die Sommer- und Winter-Zelchen eingeschränktes Zehntrecht angenommen, und obgleich der Zehntherr gewöhnlich Verlust dadurch erleidet, wenn die Felder nicht gebraacht werden, weil sie dann im nächsten Jahre weniger ertragen, so will man ihm deshalb doch kein weiteres Recht einräumen, als die Zehntpflichtigen anzuhalten, daß sie ihre Aecker besser cultiviren, s. Scherer a. a. O. §. 48. u. 84., Struben rechtl. Bedenken Thl. III. no. 77., v. Espen J. E. univ. P. II. Sect. IV. tit. 2. cap. 9. no. 19. und 20., Schweser a. a. O. Kap. 9. §. 27. Das preuß. allgem. Landr. Thl. II. Tit. 11. §. 880. u. 881. erklärt auch die im Brachfeld gebauten Früchte der Regel nach für zehntfrei,

und statuirt nur eine Entschädigungs-Verbindlichkeit für den Zehnt-berechtigten, wenn dadurch der Ertrag der künftigen Ernte offenbar geschmälert wird. Dem canonischen Recht aber ist die Meinung derjenigen Rechtslehrer angemessener, welche auch die Brachfelder nicht vom Zehnt ausgenommen erachten, wenn etwas darinnen gezogen wird, s. Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 400. Nobis est querela proposita, quod quidam agricultores, cum simul vel diversis temporibus anni in eodem horto vel agro diversa semina sparserint, non nisi de unius illorum seminum fructibus decimas illi persolvunt. Mandamus, quatenus si noveris rem taliter se habere, agricultores illos, ut de omnibus praediorum fructibus decimas absque diminutione persolvant, Ecclesiastica censura compellas, cap. 21. X. de decimis (3. 30.), Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. §. 80., v. Cramer Wezlarische Nebenstunden Thl. CIX. Abh. 5. §. 24.

Zu 13) Beim Universalzehnt kann die Brache den Zehnt nur so lange ausschließen, als nichts gebaut wird; sowie aber das Rechtsobject vorhanden ist, tritt auch das Recht darauf ein, s. Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. §. 8., Schnaubert Erläuterung des Lehenrechts S. 256.

Zu 14) Für den stehenden Zehnt präsumirt Schmidt in den Abhandl. über prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 406.; die richtigere Meinung ist aber wohl, daß im Zweifel der fliegende Zehnt anzunehmen sey. Dafür streitet das Princip der restrictiven Ausdehnung in onerosis, und die Erwägung, daß im andern Falle der Pflichtige zu sehr der Willkür des Zehntherrn ausgesetzt seyn würde, so daß er gar nicht vor dem Verderb der Frucht geschützt wäre, während doch sein Interesse dabei zu dem des Zehntherrn sich wie 9 : 1 verhält, s. Gründler Polemik §. 228 b. Damit stimmt überein das preuß. allgem. Landr. Thl. II. Tit. 11. §. 901. Zu schwach erscheint dagegen der in Schmidt's vorangeführten Abhandlungen der entgegengesetzten Meinung unterstellte Grund: Da der Zehnt zum Besten des Zehntherrn eingeführt sey, so müsse man immer das annehmen, was ihm vortheilhafter ist.

Zu 15) Bejaht wird diese Frage von Boehmer Elect. jur. civ. T. III. Ex. 18. §. 28., Scherer über das Zehntwesen §. 88., Pufendorf Obs. II. 137. III. 132.*) Die richtigere Ansicht ist aber

*) Eine rechtliche Vermuthung für die Eigenschaft eines Zugzehnts und nicht Sackzehnts wird daraus geschöpft, wenn neben dem Fruchtzehnt auch der Blutzehnt hergebracht und letzterer fortwährend in natura erhoben worden ist; denn es müßte ein besonderer Grund der Verschiedenheit gezeigt wer-

wohl die, daß die Annahme eines Aequivalents immer nur einen Vertrag für den einzelnen Fall enthalte und für einen Pachtvertrag anzusehen sey, welcher nicht als für immer geschlossen betrachtet werden kann, daher der Zehntherr jederzeit auf die ursprüngliche Naturalleistung zurückgehen kann, wenn nicht durch Immemorial-Verjährung die Frage nach einem früheren Zustande verschlossen ist, s. oben §. 120. zu Nr. 9. sub b., ferner Gründler Polemik d. gem. R. §. 233., Struben rechtl. Bedenken Thl. III. no. 64., Runde deutsch. Privatr. §. 511., Schnaubert a. a. O. S. 191., Unterholzner Verjährungslehre Thl. II. §. 236., Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. IV. Resp. 369. Wenn Eichhorn a. a. O. §. 250. not. e. auch im Fall der unvordenklichen Verjährung das Zurückgehen auf die Naturalleistung alsdann zuläßt, wenn bewiesen wird, daß diese ursprünglich stattgefunden hat, so setzt er sich mit dem Princip der Unvordenklichkeit ganz in Widerspruch. Gegen seine Ansicht, daß desfalls immer nur ein Pachtverhältniß angenommen werden könne, an welchem kein Besitz und keine Verjährung stattfinde, bemerkt Duncker Lehre v. d. Reallasten §. 34. mit Recht, daß dieser Annahme durchaus keine Nothwendigkeit zu Grunde liegt; denn die Verwandlung in ein Surrogat kann ja ebensowohl vertragsweise ein für allemal geschehen seyn. Uebereinstimmend hiermit ist v. Bülow u. Hagemann in den prakt. Erörter. Bd. III. no. 34. Ein Anderes ist es freilich, wenn seit unvordenklicher Zeit der Zehnt zwar in Geld, doch nicht in immer gleichem Quantum, und pachtweise bald auf 4, bald auf 10 Jahre reluirt worden ist; denn die Annahme der Temporalpachtbriefe involvirt vielmehr die jedesmalige Agnition eines bloßen Zeitpachtrechts, s. Pfeiffer Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O.-A.-G. zu Cassel Bd. I. S. 44.

Zu 16) Die Regel ist: das Beste nächst dem Besten, Struben a. a. O. Thl. IV. no. 198., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. no. 35. S. v. Gerber System §. 190. und Walter System §. 533.: „Das zehnte Stück, wie es fällt.“

Zu 17) Ohne Zweifel; s. Hagemann Landwirthschaftsr. S. 488., Müller Zehntrecht S. 100., Ramdohr jurist. Erfahrungen Bd. III. S. 1183., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 185., Ersch und Gruber Encyclopädie Bd. XI. S. 105.

---

den, um nicht annehmen zu dürfen, daß der Fruchtzehnt gleicher Natur sey, s. Struben rechtl. Bed. Thl. III. no. 64. §. 3., Pfeiffer neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. des O.-A.-G. zu Cassel Bd. I S. 49.

Zu 18) Nach der richtigen Meinung entscheidet der letzte Zeitpunkt, wenn nicht der Zehntherr ein entgegengesetztes Herkommen beweisen kann, Struben rechtl. Bed. Thl. 1. S. 180. no. 102.

Zu 19) Allerdings; die Zerstückelung der Grundstücke würde sonst dem Zehntherrn offenbar zum Schaden gereichen. Wenn daher 16 Garben auf einem Acker vorhanden sind, so kann er nicht allein eine Garbe nehmen, sondern auch auf einem andern Acker des nämlichen Eigenthümers auf die 6 überschießenden Garben des ersteren fortzählen; wenn aber Jemand nur Einen Acker besitzt, auch den 10ten Theil von den überschießenden Garben nehmen. Walter System §. 538.

Zu 20) Da der Zehntherr außerdem nicht vor Beschädigung von Seite des Zehntpflichtigen gesichert wäre, dem Pflichtigen aber diese Wahl nicht wesentlich nachtheilig ist, so ist das Recht des Zehntherrn zur Wahl insgemein angenommen, Schnaubert a. a. O. S. 258.

Zu 21) Man findet zwar hier und da die Meinungen aufgestellt, als sey der Pflichtige verbunden, den Zehnt in die Scheunen des Zehntherrn zu liefern, weil es in c. 65. Causa 16. qu. 1. heißt: hortor vos et commoneo, ut inferatis decimas in horrea i. e. in thesauros templi; allein der angeführte Canon ist kein Beweismittel, indem darin nur ein Bibeltext angeführt wird, um den Zehnt zu empfehlen. Die richtige und herrschende Ansicht ist daher gegen eine Lieferungsverbindlichkeit an dem Wohnsitz des Berechtigten; denn diese würde, wie Unterholzner a. a. O. Thl. II. §. 236. not. 677. bemerkt, voraussetzen, daß mit dem Zehntrecht auch noch ein Frohnrecht in Verbindung gesetzt worden sey. Ohne dieses kann der Zehntpflichtige blos gehalten seyn, dem Zehntherrn die bevorstehende Ernte anzuzeigen, um auf dem Felde die 10te Frucht in Empfang zu nehmen, indem das Eigenthum derselben schon durch Separation an den Zehntherrn übergeht, ohne daß es erst einer Tradition bedürfte, s. Wiese Handb. d. Kirchenr. Bd. III. S. 783., Schnaubert a. a. O. S. 237., Walter System §. 538.

Zu 22) Indem wir die ganz irrige Ansicht, als liege die Zehnterhebung als res merae facultatis außer dem Bereich irgend einer Verjährung, als bereits allgemein verworfen auf die Seite setzen, wenden wir uns sogleich zu dem hier zunächst zu beobachtenden Unterschied zwischen geistlichen und weltlichen Zehnten. Die ersteren betreffend, ist man von der früheren Behauptung der Unverjährbarkeit derselben als res divinae, s. Brunnemann Jus Eccles. Lib. II. c. 6. §. 2., Stryck in not. ad l. cit., wohl allgemein in neuerer Zeit ab-

gegangen, und wird daher hier, wie bei anderen Kirchengütern, ein 40jähriger Zeitraum zur erlöschenden Verjährung erforderlich erachtet, s. Scherer a. a. O. §. 57., Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. §. 48., Manz Decis. Palatin. qu. 30. no. 12., Leyser Sp. 253. Med. 5. In Ansehung der weltlichen Zehnten wird man wohl der Meinung, daß sie, wie servitutes rusticae, schon nach 10—20 Jahren solo non-usu erlöschen, wie Scherer a. a. O. §. 68. u. 77. und Unterholzner Verjährungslehre Thl. II. §. 236. annimmt, oder daß nach Analogie der servitutes discontinuae immer ein 20jähriger Zeitablauf erfordert werde, s. Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. §. 42. und derselbe in Diss. de praescr. annuorum redituum realium §. 20. wegen der großen Verschiedenheit der deutschrechtlichen Reallasten von dem Römischen Begriff der Servituten eben so wen g beipflichten können, als der im andern Extrem stehenden Meinung derjenigen, welche auf die Unverjährbarkeit des Hauptrechts bei praestationibus annuis nach l. 7. §. ult. C. de praescr. 30 vel 40 annor. provociren, worüber bereits im allgemeinen Theile (Lehre von der Verjährung) das Nöthige bemerkt worden ist, sondern nur die 30jährige Klagenverjährung statuiren, s. Boehmer Diss. cit. §. 9—20. Besonders schwierig ist die Frage, ob solus non-usus genüge, wie Mehrere annehmen, s. Scherer a. a. O. §. 77., Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. §. 53. u. Gottschalk select. Discept. T. II. pag. 64., vom Sächsischen Recht bezeugt, oder ob noch weiter dazu erfordert werde, daß der Zehnt eingefordert, aber verweigert und vom Berechtigten sich die Verjährungszeit hindurch beruhigt worden sey. Die Gründe für eine und die andere Meinung haben wir oben §. 117. zu Fr. 3. u. 13. in Betracht gezogen. Eine besondere Erwägung würde der Fall erfordern, wenn ein Zehntpflichtiger beim Zugeständniß der Zehntlast eine 30jährige Freiheit in Ansehung einer einzelnen Frucht behauptete. Ist diese nun unzweifelhaft im gesetzlichen oder herkömmlichen Umfange des in Rede stehenden großen oder kleinen Zehnts begriffen, so würde die bloße Nichtausübung an demjenigen Theile nicht genügen, um den Berechtigten des Anspruchs darauf verlustig zu erklären, sondern ein positiver Widerspruch auf einer und Acquiescenz auf anderer Seite erforderlich seyn, Gottschalk l. c. Vol. II. pag. 65.

Zu 23) Die bejahende Entscheidung ist zwar nicht hinlänglich durch c. 6. X. de praescr. (2. 26.), wo nur von der Erlöschung der Klage des Zehntberechtigten gehandelt wird, ohne Zweifel aber durch c. 1. de praescr. in VIto (2. 13.) begründet, was auch Duncker

a. a. O. S. 165. anerkennt, ungeachtet er übrigens die erwerbende Verjährung an Reallasten nicht gelten läßt. — Die analoge Anwendung der den geistlichen Zehnt betreffenden Gesetzesstelle auf den weltlichen Zehnt unterliegt auch keinem Zweifel, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 252., Maurenbrecher a. a. O. §. 255., Rave de praescr. §. 49. Es wird jedoch der gute Glaube und ein 30jähriger Besitz erfordert, daher nicht mit Boehmer J. E. Pr. Lib. III. tit. 30. §. 41. schon ein 10—20jähriger, auf einen gerechten Titel gegründeter Besitz für genügend zu halten seyn, s. Dunker a. a. O. S. 166.

Zusätze.

1. Kirchenbaulast. Es scheint nicht überflüssig, hier eine sehr häufig auf den Zehnten haftende Last, nämlich die Kirchenbaulast wegen der in Praxi vorkommenden zu weiten Ausdehnung zu besprechen. Da aber dieselbe ohne Zweifel nur die geistlichen Zehnten trifft, so ist diese Materie, als dem Kirchenrecht angehörig, nur kurz zu berühren. Vergl. dazu Seuffert's Archiv XV. No. 80. u. 198.

Der Natur der Sache nach läge die Bestreitung der Kirchenbedürfnisse, insoweit das Kirchenvermögen nicht hinreicht, der Kirchengemeinde ob. Nachdem aber in der Vorzeit gar viele Kirchenzehnten theils durch Belehnung an Laien, theils durch Dotationen der Bischöfe an andere geistliche Institute übergegangen waren, s. Eichhorn Kirchenrecht Bd. I. S. 819., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanwendung Bd. I. S. 49. u. 116. Bd. II. S. 285., so war es natürlich, die ursprünglich nur zur Deckung der Kirchenbedürfnisse bestimmten Einkünfte zu ihrem fortdauernden Zweck vorzugsweise anzuziehen. Dies ist der Sinn des Concil. Trident. Sess. 21. c. 7., welches die patronos et alios, qui fructus aliquos ex dictis ecclesiis provenientes percipiunt, dazu anhält, und damit nur die durch das canonische Recht schon entwickelten Grundsätze (vergl. die verschiedenen Capitularien) wiederholt. Der Grund der Verbindlichkeit lag aber weder im Kirchenpatronat, noch im Besitz von Zehnten überhaupt, sondern im Besitz von Kirchen-Einkünften, vergl. cap. 1. X. de eccles. aedif. (3. 48.) — Michl Kirchenrecht §. 49., Seuffert u. Glück a. a. O., Reinhardt über die kirchliche Baulast. Stuttgart 1836., Lang im civilist. Archiv Bd. XXVI. S. 12. Es ist aber gewiß eine verwerfliche Ausdehnung des Tridentinum, wenn man daraus alle Patrone und Zehntbesitzer schlechthin für verpflichtet erachtet; denn gar viele Patrone haben nicht, wie ehedem häufig der Fall war, wo der

Patron die Kirche mit allen ihr zugehörigen Gütern fast wie ein Eigenthum behandelt hatte, irgend welche Einkünfte von der Kirche, sondern nur höchsten Falls deren Verwaltung und Aufsicht.

Unter Kirchenzehnten, welche allerdings dieser Last unterworfen sind, kann man übrigens nur solche verstehen, welche noch von Pfründen, Kirchen und anderen geistlichen Instituten besessen werden, oder durch Belehnung in Laienhänden sind, s. Eichhorn Kirchenrecht Bd. II. S. 809. u. 819., Seuffert u. Glück a. a. O. Bd. I. S. 49. u. 126. Bd. II. S. 285. Wo das Tridentinum nicht gilt, sondern das gemeine Kirchenrecht, und überhaupt in protestantischen Ländern sind die entwickelten Grundsätze um so unzweifelhafter, s. Lang a. a. O., Eichhorn a. a. O., Walter Lehrb. d. Kirchenr. §. 267., Brendel Handb. d. Kirchenr. §. 171., Lippert Versuch einer historisch-dogmatischen Entwickelung der Lehre vom Patronatr. S. 148., v. Grolmann Grunds. d. Kirchenr. §. 178., Erk. des O.-A.-G. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 100. Will der Patron nichts für Refection der Kirche thun, so wird er sich freilich gefallen lassen müssen, das Patronat demjenigen zu überlassen, welcher die Baulast übernimmt, s. Lambertini Instit. eccles. pag. 667., Gregel Diss. de onere refic. eccles. Wirceb. 1793. pag. 50.

Die Freiheit von der Beitragspflicht zu Kirchenbaulasten kann durch unvordenkliche Verjährung erworben werden, indem durch sie die rechtliche Vermuthung begründet wird, daß jene Freiheit sich auf einen genügenden Titel stütze. Es ist diesfalls hinreichend, wenn binnen unvordenklicher Zeit auch nur Ein Fall nachgewiesen wird, in welchem der Verpflichtete zur Kirchenbaulast zu contribuiren verbunden war, dazu aber weder aufgefordert worden ist, noch einen Beitrag geleistet hat, s. Erk. des O.-A.-G. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. V. S. 56.

2. Gutsherrliche Frohnen. Auch die Herrendienste oder Frohndienste (von Frohn, d. i. Herr, abgeleitet) gehören fast überall in Deutschland nur der Vergangenheit an, sowohl Personalfrohnen, welche muthmaßlich mit der Hörigkeit in Zusammenhang standen, s. Klöntrupp alphabet. Handb. Bd. I. S. 261., als Realfrohnen, welche gewöhnlich für den gutsherrlichen Schutz oder für die Erlaubniß, sich auf dem Gute niederzulassen, geleistet wurden, und daher bald aus der Vogteilichkeit herrühren, bald in der Gutsverleihung in dem Sinne begriffen waren: gieb uns Land, wir wollen dienen. Mit dem Untergang dieser Institution in ihrer ursprünglichen Bedeu-

tung fällt nun auch wohl das praktische Interesse der daran geknüpften Streitfragen in Folge der eingetretenen Umwandlungen und Ablösungen hinweg.

Hand- und Spannfrohnen, welche die Parochianen zu Kirchenbauten zu leisten haben, gehören nicht hierher, da sie auf einem ganz anderen Grunde beruhen.

Kapitel IV.

Von der Emphytheusis und Superficies.

§. 122.

1. Von der Emphytheusis insbesondere.

Dig. VI. 3. si ager vectigalis i. e. emphytheuticarius petatur. §. 3. Inst. III. 24. de locat. et cond. Cod. IV. 66. de jure emphyt. Cod. XI. 61. de fundis patrim. et saltuens. et emphyt. Nov. 7. c. 3. Dig. XLIII. 18. de superficiebus.

1) Worin besteht die Emphyteuse?
2) Welchen Beschränkungen ist das dem emphyteuta verliehene jus in re unterworfen, insbesondere in Ansehung der Constituirung von Dienstbarkeiten, und welche Verbindlichkeiten hat er mit demselben zu übernehmen?
3) Kann er bei Endigung seines Rechts Vergütung für nützliche Verwendung vom Eigenthümer verlangen?
4) Kann er theilweise Deteriorationen mit theilweisen Meliorationen compensiren?
5) Ist er verbunden, ein durch einen Unglücksfall eingeäschertes Gebäude auf seine Kosten wieder aufzubauen?
6) Ist er auch befugt, das emphyteutische Gut einem Andern in subemphyteusin zu geben?
7) Erwirbt er auch die Accession, insbesondere den gefundenen Schatz?
8) Ob der emphyteuta wegen Nichtbezahlung des Canon auch dann entsetzt werden könne, wenn er durch feindliche Invasion verhindert war, das Gut zu benutzen?
9) Kann derselbe unter solchen Umständen nicht sogar Nachlaß am Canon rechtlich fordern?

10) Kann der dominus des Expulsionsrechts verlustig werden, wenn er im emphyteutischen Vertrag sich verpflichtet hat, den emphyteuta nicht vertreiben zu wollen, oder wenn in demselben auf den Fall der Nichteutrichtung des Canons eine andere Strafe festgesetzt worden ist?
11) Ist Interpellation nöthig, um den emphyteuta wegen der Bezahlung des Canons in moram zu versetzen?
12) Haften mehrere Theilhaber der emphyteusis in solidum und können sie auch zur Aufstellung eines gemeinschaftlichen Lehenträgers angehalten werden?
13) Ist der dominus, wenn er den für 2—3 Jahre rückständig gelassenen Canon ohne Vorbehalt angenommen hat, und dann doch noch das Expulsionsrecht geltend machen will, mit der Einrede des stillschweigenden Verzichts zurückzuweisen?
14) Erfordert der emphyteutische Vertrag schriftliche Errichtung?
15) Kann das emphyteutische Recht auch durch Ersitzung erworben werden?
16) Kann sich der emphyteuta durch einseitige Verzichtleistung oder Dereliction der Emphyteuse von den mit derselben verbundenen Verpflichtungen und Lasten frei machen?
17) Verliert auch der Minderjährige das Erbzinsgut, wenn der Vormund die Zahlung des Canons 3 Jahre lang unterlassen hat?
18) Wenn Mehrere ein emphyteutisches Gut besitzen, trifft dann, wenn nur Einzelne die Zahlung des Canons unterlassen haben, doch auch die Uebrigen der Verlust der Emphyteuse?
19) Was für eine nachtheilige Folge hat es für den emphyteuta, wenn er das Gut verkauft und wirklich tradirt, ohne dem dominus die Anzeige zuvor gemacht zu haben?
20) Kann die emphyteusis auch durch Verjährung endigen?

Zu 1) Die emphytheusis (abgeleitet von ἐμφυτεύειν, bebauen, bepflanzen) besteht in einem dinglichen, vererblichen und veräußerlichen Recht an der Sache des Andern (jus in re), zu dessen Behauptung sowohl die possessorischen Interdicte, als die utilis rei vindicatio und actio publiciana gegeben sind, l. 1. §. 1. D. 6. 3., und wodurch der emphyteuta den vollen juristischen Besitz *) und unter der Voraussetzung

*) Daher er auch die Früchte nicht blos durch Perception, sondern schon durch Separation erwirbt, l. 25. §. 1. D. 22. 1.

ordentlicher Entrichtung des dafür vom Eigenthümer bedungenen Canons, sowie der in Veräußerungsfällen zu entrichtenden quinquagesima, l. 3. C. 4. 66., das volle Gebrauchs= und Benutzungsrecht*) bleibend erlangt, ita ut, quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat, §. 3. J. 3. 24. — l. 1. pr. D. 6. 3. — l. 10. D. 10. 2. — Nov. 7. c. 3. — Nov. 120. c. 6. §. 1. Vergl. Thibaut Versuche, Arndts im Rechtslexikon III. S. 851. u. Windscheid Lehrbuch I. §. 218. Anm. 4.

Zu 2) Er darf das Gut bei Verlust seines Rechts nicht verschlechtern, s. Nov. 120. c. 8. — Glück Thl. VIII. S. 413., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1056., Dabelow Handbuch §. 936., daher sein Recht auch nicht auf eine zur Bebauung untüchtige Person übertragen, l. 3. C. 4. 66., weshalb ihm nur mit Vorwissen des dominus eine Veräußerung irgend einer Art gestattet ist,**) s. Thibaut Pand. §. 778. (Ed. 8.) Er darf den Canon nicht unbezahlt lassen; denn sonst verliert er sein Recht, und zwar bei einer kirchlichen Emphyteuse schon durch zweijährige, bei einer weltlichen durch dreijährige Omission, Nov. 7. c. 3. §. 2., dessen ungeachtet übrigens er von der Nachzahlung des rückständig gelassenen Canon nicht befreit wird, Nov. 120. c. 8. — Glück Thl. VIII. S. 432., Gebr. Overbeck Bd. II. Med. 61. Er darf daher auch nicht das Gut an einen Zahlungsunfähigen überlassen, l. 1. C. 11. 61., und muß, wenn er die Emphyteuse verkaufen will, dem Verleiher das Vorkaufsrecht einräumen, zu dessen Ausübung diesem 2 Monate lang Zeit gelassen werden muß. Als Besitzer haftet er für alle ordentlichen und außerordentlichen Gutslasten, auch wenn sie vom Eigenthümer aus der

---

*) Daß auch bei Kirchengütern die Verleihung nicht blos bis auf die zweite Generation des Erwerbers beschränkt sey, ist als bekannt anzunehmen, s. Glück Thl. VIII. S. 394., Braun Erörterungen zu Thibaut S. 551.

Daß Deterioration oder Mißbrauch den emphyteuta seines Rechts verlustig macht, ist zwar nur bei kirchlichen Emphyteusen in den Gesetzen ausdrücklich verordnet, s. Nov. 120. cap. 8., nach dem Gerichtsbrauch findet es aber auch bei den weltlichen statt, Glück Thl. VIII. S. 413. u. 539., Braun a. a. O.

**) Daß die Anzeige blos bei einem Verkauf und blos aus dem Grunde des dem dominus zustehenden Vorkaufsrechts, daher bei anderen Veräußerungsarten, wie Tausch, Schenkung 2c., nicht nöthig sey, wie Gebr. Overbeck Bd. II. Med. 58. behaupten, läßt sich mit der l. 3. C. 4. 66. wohl nicht vereinigen, viel weniger aus ihr folgern.

vorhergegangenen Zeit in Rückstand gelassen worden wären, welchenfalls ihm nur der Regreß an jenen bleibt, l. 39. §. 5. D. de legat. I. (30.) — l. 7. D. 39. 4. — l. 36. D. 49. 14. — l. 5. §. 2. D. 50. 15. — l. 3. C. 10. 16. — Glück Thl. VIII. S. 410., v. Keller Pand. §. 216., Windscheid Lehrb. I. §. 220.

Die Frage, ob der emphyteuta auch befugt sey, Servituten auf das Gut zu bestellen, wird von Manchen geradehin bejahet, und diese Freiheit aus dem Veräußerungsrecht des emphyteuta abgeleitet, quia, cui plus licet, et minus licere debet, s. Höpfner Institt. Comm. §. 899., Westphal de libert. et serv. praed. §. 795., Thibaut Versuche II. S. 303 ff., v. Buchholtz Versuche S. 199., Puchta Lehrb. der Pandecten §. 172., Windscheid Lehrbuch I. §. 219. Von Anderen wird sie durchaus verneint, s. Buri erl. Lehenrecht Abthl. II. S. 170. Der Verneinung müßte man wohl unbedingt beitreten, wenn es nicht Servituten gäbe, welche für den dominus ohne allen Nachtheil sind, wovon Thibaut Versuche Bd. II. S. 307. Beispiele aufführt. Man darf daher wohl annehmen, daß der emphyteuta Servituten und zwar nur auf so lange, als sein Recht dauert, lediglich in so weit constituiren könne, als sie die Substanz der Sache nicht nachtheilig afficiren, und nach Erlöschung der emphyteusis keine schädlichen Folgen zurücklassen, s. Thibaut System §. 777. (Ed. 8.), Glück Thl. VIII. §. 603. Bd. IX. §. 625. S. 41., Mühlenbruch Doctr. Pand. T. II. §. 299. Gleicherweise erlischt auch das vom emphyteuta einem Gläubiger, ohne Consens des dominus, auf dem Gute constituirte Pfand, wenn dieses an den dominus zurückfällt, l. 31. D. 20. 1., si, ut proponeretur, vectigali non soluto jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse; Arndts Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. III. S. 285.

Zu 3) In der Natur des Geschäfts liegt es offenbar, daß der emphyteuta für Culturkosten keine Vergütung fordern kann, l. 2. C. 4. 66., und eben so wenig für gewöhnliche Meliorationen, Nov. 120. c. 8., sondern nur für außerordentliche, welche dem dominus auch wirklich nützlich sind, s. Glück Thl. VIII. §. 604., Buri Lehenrecht S. 186., v. Buchholtz Versuche rc. S. 201., jedoch auch diese wohl nicht, wenn er wegen unterlassener Abgabenentrichtung entsetzt worden ist, l. 2. C. 4. 66. — Thibaut a. a. O. §. 778. Vergl. Schmid Handb. d. bürg. R. II. §. 23. Anm. 1. u. Windscheid Lehrb. I. §. 220. Anm. 1.

Zu 4) Leyser Sp. 102. Med. 8., Thibaut System §. 780. und Versuche Bd. II. S. 310 rc. und Andere behaupten für die Zu-

lässigkeit der Compensation den Gerichtsbrauch; s. aber dagegen Buri a. a. O. 4te Forts. S. 934. Eine mittlere Meinung nimmt Glück Thl. VIII. S. 415. dahin an, daß eine wirkliche Deterioration und somit Privation der Emphyteuse dann nicht stattfinden könne, wenn theilweise Verschlimmerung zu dem Zwecke einer auf andere Weise zu bewirkenden Verbesserung und Werthserhöhung geschah, weil dann eigentlich eine Verschlimmerung nicht vorhanden sey.

Zu 5) Die bejahende Meinung, welche von Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 6. tit. 3. §. 20. und Stryck Cautel. contract. S. II. Cap. 9. §. 1. vertheidigt wird, scheint durch §. 3. J. 3. 24. und l. 1. in f. C. 4. 66. gerechtfertigt, indem darin Particularschäden dem emphyteuta aufgebürdet werden, wogegen Andere in den angeführten Gesetzen nur ein damnum sentire, nicht aber ein damnum praestare finden, s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche S. 23., mithin keine andere Folge daraus ziehen, als daß ein solcher Unglücksfall dem emphyteuta zur Last falle, ohne daß er deßwegen vom Contract abgehen oder einen Remiß am Canon vom dominus fordern könne, Buri Lehenrecht S. 896.

Zu 6) Die bejahende Beantwortung wird aus dem Veräußerungsrecht des emphyteuta gefolgert, Glück Thl. VIII. S. 401., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1043.

Zu 7) An den Accessionen erwirbt er gar kein Eigenthum, aber daß sich sein emphyteutisches Recht auch auf sie erstrecke, läßt sich, wie Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 296. bemerkt, ihm wohl nicht absprechen. In Ansehung des Schatzes hat die Frage große Schwierigkeiten. Die l. 1. C. de thesauris (10. 15.) gesteht Demjenigen den Schatz zu, der ihn in loco suo ausgegraben hat. Es fragt sich also, ob das emphyteutische Grundstück in Beziehung auf den emphyteuta als locus suus gelten könne. Muß man diese Frage verneinen, so kann man dem emphyteuta als solchem gar kein Recht auf den Schatz, sondern nur als Finder die Hälfte zugestehen. Nun wollen zwar die Neueren dem emphyteuta nicht, wie die Glosse ad l. 1. D. si ager vectigalis petatur (6. 3.) gethan hat, welcher auch Glück Thl. VIII. §. 602. S. 398., Voët Comm. ad Pand. Lib. VI. Tit. 3. §. 11., Tigerström über das Verhältniß des Rechts am ager vectigalis, und gewissermaßen auch Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 238. gefolgt ist, ein Eigenthum zuschreiben, sondern nur ein jus in re, welches sie übrigens alle als ein jus dominio proximum erkennen. Da spalten sich aber die Meinungen wieder, wenn man fragt: hat demnach der emphyteuta alle diejenigen mit dem Eigenthum verbunde=

nen Rechte, welche ihm nicht besonders versagt sind, wie Savigny Recht des Besitzes §. 23., Schweppe röm. Privatrecht Thl. II. §. 320. und Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 389. annehmen, oder nur gerade so viel Attribute des Eigenthums, als in den Gesetzen besonders anerkannt sind? Nimmt man Letzteres an, so verfährt man inconsequent, wenn man, wie Malblanc Princ. jur. Rom. §. 415. dennoch thut, dem emphyteuta gleichwohl den gefundenen Schatz beilegt, und da die meisten neueren Rechtslehrer die letztere Meinung angenommen haben, so sprechen sie auch dem emphyteuta den Schatz ab, insofern er nicht die gesetzlichen Ansprüche des Finders geltend machen kann, v. Buri Erläuter. des Lehenrechts 4te Forts. S. 168., Gebr. Overbeck Meditt. Thl. I. no. 39., Thibaut civilist. Abhandl. no. 11. und System des P. R. §. 777., und Braun Erörterungen §. 631., Mühlenbruch Lehrb. der Pand. Bd. II. §. 295., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. §. 158. (107.), insbesondere Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 296. durch Argumentation aus l. 7. §. 12. D. 24. 3., ferner Windscheid Lehrbuch I. §. 219. Anm. 3. Vergl. Arndts im Rechtslexikon III. S. 855.

Zu 8) Nach dem Gesetz wird zwar der emphyteuta nur durch den gänzlichen Untergang des emphyteutischen Guts von dem Canon frei, und da ihn theilweise Verunglückung nicht frei macht, so muß wohl dasselbe von temporären Unglücksfällen gesagt werden, s. Glück Thl. VIII. S. 417. not. 45., Thibaut Versuche Thl. II. S. 313. Indessen möchte doch in dem außerordentlichen Falle, wenn der emphyteuta von Haus und Hof gänzlich vertrieben und das Gut verödet worden ist, so daß es weder bewohnt noch bebaut werden konnte, purgatio morae anzunehmen seyn, c. 4. X. de locat. cond. (3. 18.) Die Entrichtung des Canons ist doch eigentlich durch den wirklichen Besitz des Guts bedingt, welchen der dominus selbst in solchem Fall gegen feindliche Gewalt nicht hätte behaupten können. Si propter naturam rei, veluti si praedium inundatum sit, aut propter latronum potentiam non potest possideri, recte dicitur non esse, quod possideatur l. 12. §. 2. D. 42. 5. — l. 10. §. 1. D. 18. 6. — l. 3. §. 17. D. 41. 2. — Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 70.

Zu 9) Gesetzlich muß, wie eben bemerkt worden ist, die Frage verneint werden. Wenn gleichwohl die entgegengesetzte Meinung auch Anhänger wegen l. 15. §. 4. D. 19. 2. gefunden hat, s. Gesterding Eigenthumsrecht S. 462., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 296., so wird mit Recht entgegnet, daß es noch zweifelhaft sey,

ob man die eben angeführte l. 15. §. 4. D. 19. 2. von der Emphyteuse zu verstehen habe, da sie ja auch vom Zollpacht (wie sie in der deutschen Uebersetzung des corpus juris auch dafür genommen ist) verstanden werden kann, jedenfalls aber, wie v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 359. bemerkt, diese Gesetzesstelle nur in der früheren Ansicht ihren Grund hat, daß dem emphyteutischen Recht eine locat. conduct. zu Grunde liege, welche aber durch Zeno's Verordnung in l. 1. C. 4. 66. niedergeschlagen ist. Indessen läßt sich wohl mit Thibaut System §. 778. und Glück Thl. VIII. S. 419. ein Remiß in folgenden Fällen statuiren:

a) wenn der Canon im Verhältniß zu den Früchten des Guts gesetzt, oder
b) auf bestimmte Früchte des Guts regulirt ist, diese aber gar nicht, oder nicht in dem für den Canon bestimmten Quantum erzeugt werden konnten, oder
c) wenn der Canon nach Morgenzahl berechnet worden ist, welchenfalls er auch nur nach diesem Verhältniß gefordert werden kann.

Mehreres hierüber s. Kettenhorn in Scholz III., Zeitschr. für Landwirthschaftsrecht Bd. II. S. 230.

Zu 10) Dem Versprechen, den emphyteuta nicht vertreiben zu wollen, wird immer die gesetzliche Bedingung der ordentlichen Entrichtung des Canons stillschweigend subintelligirt, l. 54. §. 1. D. 19. 2.

Wenn sich auch der emphyteuta zu einer andern Strafe verstanden hat, so wird doch nicht angenommen, daß der dominus auf die gesetzliche Strafe dabei verzichtet habe. Wenn dies also nicht ausdrücklich geschehen ist, hat er das Wahlrecht, und nur im entgegengesetzten Fall kann er den emphyteuta nicht expelliren; s. die Glosse zu l. 2. C. 4. 66., sed quid, si fecerit pactum dominus, ut non liceat ei emphyteutam expellere, etiam si pensionem non solvat? Resp. pactum servandum.

Zu 11) Nein; nam hoc in casu dies statuta pro domino interpellat, doch kann purgatio morae nach allgemeinen Grundsätzen stattfinden, c. 4. X. de locat. cond. (3. 18.), Beck D. de jur. emphyteutico cap. 10. §. 3. Uebrigens läßt sich ein gesetzlicher Grund nicht für die Meinung derjenigen auffinden, welche zur Entsetzung des emphyteuta wegen Nichtzahlung des Canons bösen Vorsatz oder grobe Nachlässigkeit erforderlich halten, wie Leyser Spec. 103. Med. 2. u. 3., Hofacker a. a. O. T. II. §. 1057., Walch Introd. in Controv. §. 646. behaupten und Thibaut a. a. O. §. 780. wenigstens als in praxi angenommen behauptet; s. dagegen Glück Thl. VIII. S. 425.

Zu 12) Sie haften in solidum, ne praestatio canonis confundatur, l. 7. pr. D. 10. 3. — l. 2. C. 8. 32. — Thibaut a. a. O. §. 778., und können auch zur Stellung eines Lehenträgers angehalten werden, Glück Thl. VIII. §. 605. a. E., Schröter Abhandl. von der Lehenwaare.

Zu 13) Glück Thl. VIII. S. 438. führt eben so viele Autoritäten für die Bejahung, als für die Verneinung dieser Frage an, und erklärt sich selbst für letztere, besonders aus dem Grunde, weil die Verbindlichkeit zur Zahlung der Rückstände neben der Räumungsverbindlichkeit besteht, welche mit dem Ablauf des letzten Jahres ipso jure eintritt, l. 2. C. 4. 66. — Nov. 7. c. 3. §. 2., die anscheinend entgegenstehenden Worte des cap. 4. X. de locat. cond. aber, nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset, juste potuisset expelli, wenn nicht anders das römische Recht hier wegen seiner Consequenz überhaupt vorzuziehen wäre, doch nur in Betreff der kirchlichen Emphyteusen aus dem besonderen Grunde ihres kürzeren Erlöschungstermins gelten können. Darüber ist gar kein Zweifel, daß die 3jährige Nichtzahlung dann die Verstoßung des emphyteuta nicht weiter zur Folge haben könne, wenn der dominus ihn nicht nur sitzen läßt, sondern auch noch für das vierte Jahr den Canon annimmt.

Zu 14) Bei Kirchengütern ist schriftliche Errichtung ausdrücklich zur Nothwendigkeit gemacht, durch die Bestimmung der Nov. 120. c. 6. §. 2. Bei weltlichen Emphyteusen spricht zwar l. 1. C. 4. 66. von pactiones scriptura intervenientes, aber nicht disponirend, sondern nur erwähnend, und es ist gewiß nur von pactiones zu verstehen, durch welche etwas von den naturali negotii Abweichendes festgesetzt werden wollte. Die schriftliche Errichtung wird als etwas ganz Willkürliches behandelt in l. 2. u. 3. C. 4. 66. Die meisten Rechtsgelehrten beantworten daher die Frage gegen die von Thibaut System §. 778. und in Braun's Erörter. zu Thibaut §. 633. behauptete Meinung verneinend nach dem Princip der Consensual-Verträge, §. 3. J. 3. 24. — Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 359., Glück a. a. O. Bd. VIII. S. 458., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 159. (113.), Walch Controv. J. c. pag. 643. [Windscheid Lehrb. I. §. 221. fordert Schriftlichkeit bei nichtkirchlichen Emphyteusen, wenn der Vertrag etwas von den gesetzlichen Regeln Abweichendes enthält.]

Zu 15) Die 30jährige Extinctivverjährung der Klagen hat wohl auch im emphyteutischen Verhältniß keinen Zweifel gegen sich, desto mehr aber die ordentliche Abquisitivverjährung. Die Meinungen sind

getheilt, theils ob überhaupt die Verjährung auf dieses Institut anwendbar sey, s. Unterholzner Verjährungslehre §. 239., Büchel über jura in re, Marb. 1834. S. 52., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 301., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. II. §. 108., theils darüber, ob die Grundsätze der Eigenthums- oder Servituten-Verjährung in Anwendung zu bringen seyen. Für letztere entscheidet Thibaut a. a. O. §. 1018., für erstere Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 324., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 159.

113.) Die Meisten nehmen überhaupt Erwerbung durch Ersitzung an, wie Glück Thl. VIII. S. 474., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 298., Arndts im Rechtslexikon III. S. 872 ff., Schmid Handb. II. S. 11 ff. Insbesondere ist es keinem Zweifel unterworfen, daß auch in der ordentlichen Verjährungszeit eine Emphyteuse entstehen könne, wenn Jemand von seinem Gute einem Andern als putativen Eigenthümer einen Grundzins die Verjährungszeit hindurch gereicht hat, l. 20. pr. C. 11. 47. — Schilling a. a. O. §. 180. not. 1., Mackeldey a. a. O. §. 298. [Puchta Pand. §. 177. sagt, Ersitzung sey keine Errichtungsart der Emphyteusis, obwohl das schon bestehende emphyteutische Recht durch Ersitzung auf einen Anderen übergehen könne. Windscheid Lehrbch. I. §. 221. gibt zwar auch zu, daß die Ersitzung der Emphyteusis in den Quellen nicht ausdrücklich anerkannt sey, hält aber die Analogie des Nießbrauchs für entscheidend, von dem daher auch die näheren Regeln für die Ersitzung der Emphyteusis zu entlehnen seyen. Francke i. Arch. f. civil. Prax. Bd. 44. S. 116—145. will von einer Unterscheidung von translativer und constitutiver Ersitzung nichts wissen und neigt sich zur allgemeinen Zulassung der Ersitzung.]

Zu 16) Die von Vielen aufgestellte verneinende Meinung, s. Thibaut a. a. O. §. 780., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. no. 70., Hofacker a. a. O. T. II. §. 1055., wird gestützt auf l. 3. C. 11. 61. und cap. 3. X. de immunit. eccles. (3. 49.), sowie auf die allgemeinen Grundsätze zweiseitiger Verträge; allein die l. 3. cit. spricht, wie Glück Thl. VIII. S. 532 ꝛc. ausführt, blos von Patrimonialgütern des princeps, und cap. 3. X. cit. nur von den s. g. colonis originariis. Die Natur unseres Vertrags spricht vielmehr dafür, daß der emphyteuta sein Recht eben so gut aufgeben, als auf einen Andern übertragen könne, und daß er durch die übernommene Colonisirung blos ein Recht auf die fremde Sache erlangt habe, welches wie das Eigenthum aufgegeben werden kann. Dafür streitet auch die Befugniß des Vasallen zur Refutation eines Lehens nach II. Feud. 38. und die

Freiheit des Usufructuars zur Begebung des Nießbrauchs, im Fall die Lasten den Ertrag übersteigen.

Zu 17) Daß sogar minderjährige Besitzer eines emphyteutischen Guts dasselbe verlieren können, wenn durch die Schuld der Vormünder der Canon nicht gehörig abgetragen worden ist, verordnet sehr bestimmt l. 23. C. 5. 37. und verweist den Minderjährigen lediglich an seinen Vormund. Die zur Unterstützung der entgegengesetzten Ansicht in v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 329. angeführte l. 2. C. 11. 61. spricht nicht von dem Canon, sondern von den Pachtgeldern der Krongüter (fundi patrimoniales) und wird daher nicht für anwendbar erachtet, s. Glück Thl. VIII. S. 541. u. 542. not. 30. mit Beziehung auf Cujacius und Andere; s. auch die nota 86. zu l. 2. C. 11. 61. in der deutsch. Uebers. des Corpus juris Bd. VI. S. 607.

Zu 18) Da eine theilweise Privation, wie Beck D. de jure emphyteutico cap. 15. §. 6. pag. 407. und Gebr. Overbeck in den Meditt. Bd. II. no. 60. S. 26. annehmen, nicht in den Gesetzen gegründet ist, s. Thibaut Versuche Thl. II. no. 15., so muß wohl auf Entsetzung sämmtlicher solidarisch verpflichteter Theilhaber desfalls erkannt werden, s. Glück Thl. VIII. S. 541., sowie sie auch sämmtlich den Verlust erleiden müssen, wenn der gemeinschaftliche Lehnträger die Versäumniß begangen hat.

Zu 19) Die Caducität, s. Glück Thl. VIII. S. 452. u. 543. Doch findet bei einem blos unter suspensiver Bedingung, ohne Uebergabe, geschlossenen Verkauf eine Strafe nicht statt.

Zu 20) Die 30—40jährige Extinctivverjährung unterliegt auch hier keinem Zweifel, sowie auch, daß der Emphyteuta nicht das freie Eigenthum blos durch 10 — 20jährige Nichtentrichtung des Canons ersitzen könne, l. 7. §. 6. C. 7. 39. Mehreres hierüber s. Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 241., Glück Thl. VIII. S. 548., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 361.

---

§. 123.

2. Von der Superficies insbesondere.*)

Nach dem bekannten Grundsatz: superficies cedit solo, kann ein gesondertes Realrecht an der superficies (d. i. an demjenigen,

*) Eine vorzügliche Abhandlung hierüber von Rudorff, welche theils wegen neuer Aufschlüsse, theils wegen Berichtigung mancher Irrthümer berücksichtigt zu werden verdient, findet sich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. XI. no. 7. (1842).

was sich auf der Oberfläche eines Grundstücks befindet und mit demselben oder auch mit einem schon auf demselben stehenden Gebäude durch Kunst oder Natur so fest verbunden ist, daß es einen Theil desselben ausmacht) nur dadurch entstehen, daß der Eigenthümer des Grundes und Bodens einem Andern ein jus superficiarium (d. i. ein vererbliches und veräußerliches Recht auf vollständige Benutzung des Gebäudes, l. 1. §. 6—9. D. 43. 18.) constituirt, wofür er sich gewöhnlich eine Art von Zins (solarium, pensio, Grundzins, Boden- oder Platzgeld) bedingt. Hierbei kommen folgende Fragen in Betracht:

1) Ob das jus superficiarium auch durch Ersitzung erworben werden kann?
2) Ob es zur Erwerbung der superficies nöthig sey, daß zum Vertrag auch Tradition hinzukomme?
3) Ob die Nichtentrichtung des solarium auch, wie bei der Emphyteusis die Nichtzahlung des Canons, den Verlust des Rechts zur Folge haben kann, oder auch der Untergang des Gebäudes?
4) Ob der Superficiar sich auch wider Willen des Eigenthümers der superficies entschlagen kann?

Zu 1) Mehrere verneinen dies; s. Puchta Pand. §. 175. Anm. d., Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 397. Obgleich die zunächst dafür angeführte l. 26. D. 41. 3. nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest darüber nicht entscheiden zu können scheint, weil sie nichts Anderes als die Unmöglichkeit des Eigenthumserwerbs durch Ersitzung an der superficies ohne den Boden ausspricht, s. Schilling Lehrb. der Institt. Bd. II. §. 183., so zeigen sich hier doch wenigstens die nämlichen Bedenken, welche oben bei der emphyteusis bemerkt wurden. [Windscheid Lehrbch. I. §. 223. stellt hier dasselbe auf wie rücksichtlich der Emphyteusis, s. oben §. 122. zu Fr. 15.]

Zu 2) Gewöhnlich wird auch die Tradition zur wirklichen Erwerbung erfordert, l. 31. pr. D. 41. 1. — Thibaut a. a. O. §. 779., Schilling a. a. O. Bd. II. §. 183., dagegen Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 397. sie beim ersten Vertrag nicht für nöthig hält. [Auch Windscheid a. a. O. fordert keine Besitzübertragung.]

Zu 3) Das solarium ist bei diesem Vertrag nichts so Wesentliches, wie bei der emphyteusis der Canon; daher, was von diesem in den Gesetzen bestimmt ist, nicht auf jenes auszudehnen ist. Die

superficies kann auch ohne Stipulation eines solarium constituirt werden, s. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 300., Thibaut a. a. O. §. 780. Die l. 15. D. 20. 4., aus welcher Einige das Gegentheil begründen wollen, spricht nur von einem Vorzugsrecht des domini soli vor demjenigen, welchem die superficies vom Superficiar verpfändet ist, s. Mackeldey a. a. O. §. 302. not. d. Eben so wenig findet der Verlust der superficies durch Nichtentrichtung der öffentlichen Abgaben, oder wegen einseitiger Veräußerung, oder wegen Deterioration statt, s. Thibaut a. a. O. §. 780., v. Keller Pand. §. 218. Anm. 12. Doch kann, wenn ein Miethvertrag zum Grunde liegt, dem Superficar die superficies, wie einem andern Miethsmanne, entzogen werden, s. Schilling a. a. O. §. 183. bezüglich l. 54. §. 1. D. 19. 2. und l. 3. C. 4. 65.

Indem das Wesentliche der superficies darin gefunden wird, daß nach der Absicht der Contrahenten der Eine auf dem Grund und Boden des Andern ein Gebäude als Eigenthum haben soll, ohne zugleich Eigenthümer des Grund und Bodens selbst zu werden, l. 9. §. 4. D. 39. 2. — Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 385., lag der Gedanke nahe, daß mit dem Untergange des Gebäudes auch das dazu verliehene Recht erlösche, Donell comm. de jure civili Lib. IX. Cap. 18. §. 4. u. 5., Hofacker Princ. jur. civ. Tom. II. §. 1074., was sogar hier und da als communis opinio erklärt wird, s. Müller Promtuar. jur. Vol. VII. pag. 266., aber mit l. 39. §. 2. D. 39. 2. ganz unzulänglich begründet werden will, auch von Andern nur mit der Einschränkung behauptet wird, si nec rudera superficiei ad reficiendum supersint, Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 43. tit. 18. §. 35. Es ist aber unter den Neueren die Meinung überwiegend, daß der Superficiar durch den Untergang des Gebäudes in keinem Fall das Recht der Wiederaufbauung verliere, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 326. S. 250., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 43. tit. 18. pag. 354., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. S. 393. (§. 124.), Leyser Spec. 59. Med. 11. Cor. 3., und dafür hat sich auch das O.-A.-G. in München entschieden, s. Seuffert u. Glück Bl. für Rechtsanwendung Bd. XIV. S. 298. Eine vollständige Zusammenstellung der Unterschiede zwischen emphyteusis und superficies s. v. Buchholtz jurist. Abhandl. no. 25.

Zu 4) In dem Fall, wenn ein solarium bedungen ist, finden dieselben Grundsätze, wie bei der emphyteusis statt, s. Thibaut a. a. O. §. 780., Schilling a. a. O. §. 183.

Kapitel V.

Vom Pfandrecht.*)

Dig. XX. tit. 1. de pignoribus et hypothecis. tit. 2, in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. tit. 3. quae res pignori vel hypothecae obligari possunt. tit. 4. qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. tit. 5. de distractione pignoris. tit. 6. quibus modis pignus aut hypotheca solvitur.

Dig. XIII. 7. de pignoratitia actione.

Dig. XLII. 4. ex quibus causis in possessionem eatur.

Dig. XLIII. 33. de Salviano interdicto.

Cod. VIII. tit. 9. de precario et salviano interdicto. tit. 14. de pignoribus et hypothecis. tit. 15. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. tit. 16. si aliena res pignori data sit. tit. 17. quae res pignori obligari possunt vel non. tit. 18. qui potiores in pignore habeantur. tit. 19. de his qui in priorum creditorum locum succedunt. tit. 20. si antiquior creditor pignus vendiderit. tit. 21. si communis res pignori data sit. tit. 22. de praetorio pignore, et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat. tit. 23. si in causa judicati pignus captum sit. tit. 24. si pignus pignori datum sit.

Cod. IV. tit. 24. de pignoratitia actione.

Cod. VIII. tit. 25. de partu pignoris et omni causa. tit. 26. de remissione pignoris. tit. 27. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. tit. 28. de distractione pignoris. tit. 29. debitorem venditionem pignoris impedire non posse. tit. 30. si vendito pignore agatur. tit. 31. de luitione pignoris. tit. 32. si unus ex pluribus heredibus creditoris et debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. tit. 33. si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit. tit. 34. de jure dominii impetrando. tit. 35. de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda. tit. 46. creditorem evictionem pignoris non debere. Cod. VII. tit. 36., si adversus creditorem praescriptio opponatur.

---

*) Ueber die Beschaffenheit und den Entwickelungsgang des deutschrechtlichen, durchaus auf Besitzübertragung begründeten Pfandschaftswesens, welches an unbeweglichen Sachen gewöhnlich durch die Form des Verkaufs auf Wiederverkauf, oder des Rentenkaufs, oder durch gerichtliche Auflassung bewirkt wurde, die Entstehung des Ingrossationssystems und endlich den Uebergang zum Hypothekensystem der neuesten Gesetzgebungen verbreitet sich umfänglich Mittermaier in seinen Grundsätzen des deutschen Privatrechts Bd. I. §. 260. (180.) u. folg., Bluntschli Deutsch. Privatr. §. 99.

§. 124.

1. Von den Forderungen als Voraussetzung zum Pfandrecht und von den Gegenständen des Pfandrechts.

1) Wie muß die Forderung beschaffen seyn, welche dem Pfandrecht zur Grundlage dienen soll?

2) Welche Gegenstände sind von der Verpfändungsfähigkeit ausgeschlossen?

3) Inwiefern können Servituten ein Gegenstand des Pfandrechts seyn?

3a) Da die Verpfändung einer fremden Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers, wenigstens unter den Contrahenten, nicht ohne alle rechtliche Wirkung bleiben kann, so fragt sich, wie und unter welchen Voraussetzungen diese und jene Wirkungen eintreten?

Man denke sich folgende Fälle:

A. Verschiedene Personen haben dieselbe Sache verpfändet, der wirkliche Eigenthümer und ein Besitzer in gutem Glauben, oder zweierlei Besitzer in gutem Glauben, oder auch ein bloßer Miteigenthümer.

B. Nur ein Nichteigenthümer hat die Sache verpfändet. Dabei läßt sich wohl als möglich denken, daß der Pfandgeber, indem er des Andern Sache verpfändete, auch das dafür empfangene Geld in den Nutzen des wirklichen Eigenthümers verwendet habe, und dann gebührt dem Pfandinhaber ohne Zweifel insolange das Retentionsrecht, bis jener ihn insofern befriedigt haben wird; l. 1. C. 8. 16, Westphal von Verpfändung fremder Güter §. 8. not. z.

Außerdem lassen sich folgende Fälle denken:

a) der Verpfänder erwirbt in der Folge doch das Eigenthum einer von ihm unbefugt verpfändeten Sache; oder

b) der wahre Eigenthümer verfiel durch listiges Verschweigen des Sachverhältnisses selbst in Verantwortung; oder

c) durch solche Handlungen, welche als stillschweigende Einwilligung gelten; oder es wird

d) durch seine später hinzugekommene ausdrückliche Genehmigung das vitium geheilt.

Was ist in dergleichen Fällen die rechtliche Folge?

4) Man setze den Fall: eine fremde Sache war zum Unterpfand bestellt, und der Pfandgläubiger tritt seine Forderung

und Pfandrechte an einen Andern ab. Hinterher zeigt sich, was der Cedent nicht wußte, und auch nicht füglich wissen konnte, daß der Cessionar sich des Unterpfandes nicht bemächtigen kann, weil es eine fremde Sache ist, — was ist nun der Gewährleistung halber Rechtens?

5) Inwiefern haftet das Gericht für eine von ihm bestätigte ungiltige Hypothek?

6) Wenn der Eigenthümer der Sache sie einem Andern verkauft oder geschenkt, aber noch nicht übergeben hat, gilt dann die nach dem Geschäft, aber noch vor der Uebergabe von ihm vorgenommene Pfandbestellung?

7) Wenn die verkaufte Sache dem Käufer bereits übergeben, aber vom Verkäufer das Eigenthumsrecht bis zu erfolgender Zahlung des Kaufschillings vorbehalten war, so fragt sich, ob da noch der Verkäufer und ob schon der Käufer die Sache giltig verpfänden könne?

8) Kann eine Forderung, auch wenn kein schriftliches Schuldbekenntniß vorhanden ist, Gegenstand der Verpfändung seyn?

9) Inwieweit kann derjenige, welchem eine gemeinschaftliche Sache von einem einzelnen Theilhaber verpfändet worden ist, sein Recht geltend machen, wenn später die Sache unter den Theilhabern abgetheilt worden ist?

10) Auch Forderungen können Gegenstand der Verpfändung seyn.*) In Ansehung der Rechte desjenigen, welchem ein nomen verpfändet ist, kann ungeachtet vieler theoretischer Discussionen in Praxi als ausgemacht angenommen werden, daß derselbe, wenn er nicht bei Verfallzeit seiner Forderung befriedigt wird, die Forderung entweder veräußern oder mit einer actio utilis in eigenem Namen einklagen kann, ohne daß er erst seinen eigenen Schuldner zu executiren braucht; s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 3., Bd. VII. S. 1., Mühlenbruch Lehre von der Cession S. 527., Mackeldey Lehrb. d. R. R. herausgegeben von Roßhirt Bd. II S. 305., Puchta Pand. §. 208., Gaupp D. de nominis pignore. Berol. 1820., Huschke D. de pignore nominis, ejus natura et effectu. Goett. 1820., Sintenis Handb. d. gem. Pfandrechts §. 22., Buchka D. de pignore nominis. Rost. 1843. Dernburg Pfandrecht Bd. I. (1860),

*) [Ueber Hypothek an Zehnten s. Seuffert's Archiv XI. No. 216.]

S. 465 ff. Macht dann eine Geldsumme den Gegenstand der ihm verpfändeten Forderung aus, so behält er davon so viel, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist; ist aber eine körperliche Sache Gegenstand der Forderung, so erhält er diese pignoris loco, l. 18. pr. D. 13. 7. — l. 20. D. 20. 1. — l. 4. C. 8. 17. — l. 7. C. 4. 39. — l. 2. C. 4. 15., und auch im Concurs seines Schuldners muß er ebenso behandelt werden, wie ein anderer Pfandgläubiger; Schweppe System d. Concursus der Gläubiger §. 47., Quistorp rechtliche Bemerkungen Th. I. S. 140., Pütter Rechtsfälle Bd. III. Thl. 3. no. 299. S. 247., Mevii Dec. P. II. Dec. 287. P. V. Dec. 344. Nothwendig ist es aber, analog der cessio nominis, daß der Schuldner der verpfändeten Forderung von der geschehenen Verpfändung certiorirt werde; denn ohne dieses kann kein selbständiges Rechtsverhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Schuldner der verpfändeten Forderung begründet werden; s. Sintenis a. a. O. S. 145., Pfeiffer a. a. O. Bd. VII. S. 5. und 11. 2c. Zweifelhaft ist übrigens besonders,

a) ob der Pfandnehmer schon vor der Verfallzeit seiner Forderung sein Recht am nomen oppignoratum geltend machen könne?

b) Wenn eine Forderung Mehreren nach einander verpfändet ist, wie sich der Vorrang unter denselben bestimme?

11) In Ansehung des Afterpfands (subpignus) ist viel darüber gestritten worden, ob das Pfandrecht selbst, beziehungsweise die actio hypothecaria, weiter verpfändet sey, oder die verpfändete Sache selbst? Mit dieser Streitfrage verbindet sich die weitere: ob und wie weit zugleich die Forderung als mitverpfändet anzusehen sey?

Zu 1) Da das Pfandrecht, durch welches einem Gläubiger eine Sache dahin obligat gemacht wird, daß er sie nöthigenfalls zum Zweck seiner Befriedigung solle veräußern können, seiner Natur nach ein accessorisches*) Recht ist, welches mit der Hauptobligation entweder

*) [Vergl. unten §. 132. Dazu Dernburg Pfandr. I. §. 66., Brinz Pand. I. §. 78. 82., Kuntze in d. Heidelb. krit. Zeitschr. V. S. 403—408. u. Windscheid Pand. I. §. 225.]

steht oder fällt, so folgt, daß letztere nicht nach den Gesetzen dergestalt ungiltig seyn dürfe, daß nicht einmal eine naturale Verbindlichkeit zurückbleibt. Für eine blos natürliche Forderung ist aber auch das damit verbundene Pfandrecht wirksam; l. 5. pr. l. 14. pr. D. 20. 1. — l. 101. D. 46. 3., s. Dernburg Pfandrecht I. §. 72. Nicht so, wenn die Forderung gesetzlich reprobirt, oder wegen einer nicht auf die Person beschränkten exc. perpetua entkräftet ist, wie z. B. durch den Vellejanischen Rathschluß geschehen ist, wo der intercedirenden Ehefrau die Rückforderung des bestellten Unterpfands ausdrücklich gestattet wird; l. 32. §. 1. D. 16. 1. s. Dernburg a. a. O. §. 73. Zwischen einer obligatio ipso jure nulla und ope exceptionis inefficax ist überhaupt nur insofern ein Unterschied, als derjenige, welcher die Exception gegen die Forderung unterließ, wo er sie wirksam gebrauchen konnte, nur dann als verzichtend angesehen werden kann, wenn er sie wirklich kannte; Sintenis pr. Civilr. Bd. I. §. 68. not. 2. Ohne Zweifel kann auch für künftige und für bedingte Forderungen ein Pfandrecht bestellt werden. Letzteres ist dann nicht auch, wie die Forderung, suspensiv bedingt, sondern nur vom Nichteintritt der Bedingung, wie von einer Resolutivbedingung abhängig; Sintenis a. a. O. §. 68. No. 2. u. Dernburg a. a. O. §. 67.

Zu 2) Was eine bestimmte Person nicht verkaufen kann,*) kann sie auch in der Regel nicht verpfänden. Doch leidet diese Regel verschiedene Modificationen, z. B.

a) bei den dem Verkehr entzogenen Sachen; denn die res divinis juris erfordern zu ihrer Verpfändung ebenso, wie zu ihrer Veräußerung nur eine genügende Ursache und die Beobachtung der gesetzlichen Form, welche im Ganzen der bei Veräußerung von Mündelgütern ähnlich ist; s. Wiese Handb. d. Kirchenrechts Bd. II. §. 201.

b) bei Sachen, deren Veräußerung gesetzlich verboten ist, machen die nothwendigen Pfandrechte eine Ausnahme, z. B. sie gelten an rebus litigiosis unbedenklich, nur muß eben der Verpfänder obsiegen, s. Sintenis a. a. O. §. 69. II. 2.; an Dotalsachen wird die Ehefrau das für ein Darlehn zur Wiederherstellung eines Hauses geltende nothwendige Pfandrecht anerkennen müssen, Sintenis a. a. O.; an Sachen, deren Veräußerung von

*) Daß zufällig der Gläubiger sie nicht kaufen kann, schadet jedoch der Verpfändung nicht an ihrer Giltigkeit; l. 24. D. 20. 1. — Emphyteusis und Superficies sind vom Pfandrechte ausgenommen; s. Hepp im civilist. Archiv Bd. XV. S. 79.

dem dermaligen Eigenthümer derselben oder durch eine richterliche Anordnung verboten ist, hat das nothwendige Pfandrecht immer seine Wirksamkeit, s. Sintenis Pfandrecht S. 80.; ein testamentarisches Veräußerungsverbot hat nur dann Wirkung, wenn es im Interesse einer besonderen Person erlassen ist; l. 7. C. 4. 51. — l. 114. §. 14. D. de legat. I. (30.)

Zu 3) In Ansehung

a) der Personalservituten ist es vom ususfructus ausgemacht, daß er sowohl vom Proprietar, als auch vom Inhaber des Nutznießungsrechts verpfändet werden könne, l. 11. §. 2. D. 20. 1. (versteht sich nur der Ausübung nach; denn das Recht selbst bleibt im letzteren Falle immer beim Usufructuar). Arndts in Linde's Zeitschr. N. F. VIII. S. 88 ff., Dernburg Pfandr. I. §. 62.

Man kann auch, wenn einmal die Verpfändung dieser Servitut als gesetzlich zulässig anerkannt ist, nicht mehr mit Gesterding vom Pfandrecht S. 71—74. die rechtliche Folge davon, nämlich die Veräußerungsbefugniß des Pfandgläubigers in Zweifel ziehen wollen, s. Hepp im civil. Archiv Bd. XV. S. 85.; fragt man aber dann, in wessen Person sich der pfandweise bestellte Usufruct endigt, so muß man unterscheiden:

1) ob der Usufructuar ihn Jemandem pfandweise überlassen hat; — dann hört ganz natürlich mit dem Tod des Usufructuars, als des Verpfänders, auch für den Pfandinhaber ein Recht auf, welches jener selbst nur auf Lebenszeit hatte; l. 8. pr. D. 20. 6. Zweifelhafter ist die Frage in dem Fall:

2) wenn der Proprietar seinem Gläubiger einen Usufruct pignoris loco eingeräumt hat. Da, meinen Mehrere, müsse sich derselbe mit dem Tod des Gläubigers endigen. Allein diese Meinung Einiger kommt nur daher, daß sie den Pfandgläubiger des ususfructus als den Usufructuar selbst ansehen. Allein das ist eben doch nicht ein und dasselbe im Begriff. Begeht man also diese Verwechselung nicht, so muß man, während dem Gläubiger und seinen Erben, so lange die Forderung nicht bezahlt ist, daß jus distrahendi pignoris zusteht, erst mit dem Tod des Käufers des zum Unterpfand bestellten ususfructus diesen als geendigt betrachten; Büchel civilr. Erörter. Thl. I. no. 3. S. 91 — 94. s. dagegen Dernburg a. a. O. §. 63. S. 491 ff.

Vom usus sprechen die Gesetze nicht speciell dessen Verpfändungsfähigkeit aus,*) indessen muß dieselbe nach dem allgemeinen Grundsatz: was veräußert werden kann, kann auch verpfändet werden, l. 9. §. 1. D. 20. 1., bei allen persönlichen Servituten auf gleiche Weise angenommen werden, insoweit nicht die Natur der Sache ein besonderes Hinderniß entgegenstellt. Dies ist nun allerdings dann der Fall, wenn der Usufructuar seinen usus verpfänden wollte; denn die Ausübung des usus läßt sich von seiner Person nicht trennen, ein usus des usus sich nicht wohl denken; dagegen kann nichts im Wege stehen, wenn der Eigenthümer der Sache Jemandem einen usus daran pfandweise bestellen will, s. Schilling Lehrb. f. Institt. 2c. §. 206. not. h., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 367.

b) In Betreff der Realservituten verbietet, was die Servitutes praediorum urbanorum anbelangt, die Natur der Sache, nämlich deren Unzertrennlichkeit vom praedium dominans, dem Servitutinhaber gleichfalls die Fähigkeit, eine bereits bestehende Servitut gesondert zu verpfänden, und ebensowenig kann der Eigenthümer des dienenden Guts eine Servitut blos pfandweise darauf bestellen. Auch dies scheint den Rechtsbegriffen zu widerstreiten, weshalb gewöhnlich die l. 11. §. 3. D. 20. 1. verb.: jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint, von beiden Fällen verstanden wird. Dernburg a. a. O. S. 493 ff.

Das bei der serv. praed. urban. in der Natur der Sache liegende Hinderniß gegen deren Verpfändung fand sich jedoch bei den serv. praed. rusticorum nur dann, wenn der Servitutinhaber sie zum Unterpfand bestellen wollte, nicht aber, wenn der Eigenthümer des dienenden Guts sie wem immer, der sie nützlich gebrauchen konnte, unterpfandsweise einräumen wollte, deshalb ist rücksichtlich dieser in l. 12. D. 20. 1. ausgesprochen: pignoris conventio propter utilitatem contrahentium admittenda est, — versteht sich abermal nur dem Gebrauche nach — ut quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur — *scilicet si vicinum fundum* habeat,**) et si intra certum diem

*) Weshalb Einige an denselben durchaus keine Verpfändung statuiren; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Thl. I. §. 164. (128.), Gesterding Pfandrecht S. 74. (allein s. dagegen Büchel civilrechtl. Erörter. Th. I. no. 3. S. 94. 2c.), Sintenis Handb. des gem. Pfandrechts S. 130.

**) Dies ist wohl nicht, wie Sintenis Pfandr. S. 121. annimmt, so zu verstehen, als ob zur Verpfändung absolut erfordert würde, daß der Pfandgläubiger ein praedium vicinum haben müsse, dies ist nur in der Person

pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. So lange nun der Pfandgläubiger in der Ausübung der Servitut bleibt, ist dieser Theil des Eigenthums noch gar nicht vom Eigenthum ausgeschieden, das Servitutrecht geht auf den Pfandgläubiger so wenig über, als, wenn ihm eine körperliche Sache verpfändet ist, das Eigenthum derselben auf ihn übergeht. Er erlangt blos das Recht, die Veräußerung zum Zwecke seiner Befriedigung zu bewirken, sofern er einen andern vicinus findet, der ein Interesse daran nimmt. Thut dies der pfandweise Inhaber einer solchen Servitut, dann erst entsteht in der Person des Käufers der erste Servitutberechtigte; s. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 305., Schweppe röm. Privatr. Thl. II. §. 329. u. a. m., im Resultat, wenn auch unter abweichenden von Andern bereits gründlich beseitigten Voraussetzungen, auch Glück Thl. XV. S. 24., Thl. XIX. S. 206. [Für eine Beschränkung der Verpfändbarkeit auf Weg- und Wasserservituten erklären sich Zachariae Untersch. zw. serv. rust. u. urb. (1844), S. 52., Elvers Servitutenlehre S. 342 u. Dernburg a. a. O., S. 496.]

Gegen die so eben zu b) entwickelte Ansicht, daß servitutes praediorum urbanorum nicht verpfändet werden können, treten inzwischen andere Rechtsgelehrte entschieden mit der Behauptung auf, daß auch diese so gut wie die serv. praed. rust. verpfändungsfähig seyen. Dies scheint auch selbst aus dem vorhin der gewöhnlichen Meinung gleichfalls zum Grunde liegenden Princip zu fließen, daß in dem Pfandgläubiger, da er ja nicht selbst Servitutberechtigter wird, die Voraussetzungen für den Erwerb einer Servitut nicht erfüllt zu seyn brauchen. Gesetzt, ein Nachbar wünscht schon lange Zeit die servitus oneris ferendi oder cloacae von seinem Nachbar zu erhalten, wie denn an manchen servitut. praed. urb. wenigstens für zwei unmittelbare Nachbargüter ein Interesse bestehen kann, so wird das Recht, ihm dieselbe einzuräumen, jedem Gläubiger des letztgenannten als Sicherungsmittel pfandweise gegeben werden können, und dabei schon jetzt eine genaue Bestimmung des Umfangs der künftigen Servitut zulässig seyn. Während demnach kein innerer Grund für die Ausschließung der pfandweisen Bestellung von serv. praed. urban. besteht, kann diese auch nicht aus den angeführten Gesetzstellen l. 11. §. 3. und l. 12. D. 20. 1. gefolgert werden. Erstere kann nur auf Verpfändung schon bestehender Servituten bezogen werden, um so mehr, als unmittelbar vorher

---

eines künftigen Käufers nothwendig. Jeder Andere aber kann die Servitut wohl pfandweise inhaben, wenn ihm gleich die Benutzung (das uti servitute) ohne einen fundus vicinus nicht möglich ist.

im §. 2. l. cit. auch von der Verpfändung des Nießbrauchs durch den Usufructuar gehandelt wird. Das darauf folgende Fragment kann aber jener Stelle unmöglich einen andern Sinn geben, als es von einem anderen Juristen herrührt. Ein Fragment darf man seiner bloßen Stellung wegen nicht in einem andern Sinn nehmen, als sein Verfasser. Jedenfalls ist so viel gewiß, daß man den Unterschied zwischen den zwei Klassen der Prädialservituten nicht als eine Ansicht der classischen Juristen betrachten dürfe, nicht von Marcian in l. 11. §. 3. cit., denn er sagt nur: bestehende serv. urbanae könnten nicht verpfändet werden, nicht von Paulus l. 12. eod., denn dieser lehrt: serv. rusticae können pfandweise bestellt werden. Man kann daher der Ansicht der Compilatoren gemäß die l. 11. §. 3. cit. auf alle serv. praed. jam constitutae, die l. 12. cit. dagegen auf alle serv. praed. constituendae beziehen. So fordert es die ratio juris. — Nach dieser von v. d. Pfordten im civilistischen Archiv Bd. XXII. S. 26. und Mühlenbruch vertheidigten Ansicht*) (vergl. auch Duaren Disp. anniv. II. 13., Voet Comm. ad Pand. L. 8. tit. 4. §. 8., Gesterding Ausbeute rc. Thl. IV. Abth. 2. S. 3.) können bestehende Prädialservituten zwar getrennt von dem berechtigten Grundstück nicht verpfändet werden, doch wird es möglich, Prädialservituten, ohne daß hier ein weiterer Unterschied zwischen serv. urb. und rusticis gemacht werden könnte, ebenso wie persönliche Servituten pfandweise zu bestellen. [Vergl. auch v. Keller in Bekker's Jahrbch. II. S. 212 —217.]

Zu 3a) Hier kann es zu A. nicht zweifelhaft seyn, daß das jus fortius des Eigenthümers auch dem von ihm bestellten Pfand das Uebergewicht verleiht, wo aber das rechtliche Verhältniß der Pfandgeber gleich ist, da siegt der Besitzer des Pfands über den Nichtbesitzer nach l. 14. D. 20. 4. Ist eine gemeinschaftliche Sache von einem bloßen Miteigenthümer verpfändet, so haftet zwar nur sein intellectueller Antheil, aber eine spätere natürliche Theilung derselben unter den Concurrenten kann dem frühern Bestande des Pfandrechts keinen Eintrag thun; l. 7. §. 4. D. 20. 6. — l. 6. §. 8. D. 10. 3. — l. 2. C. 3. 37.

Zu B. muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß, so wie die Frage gestellt ist, blos von dem Fall die Rede seyn kann, wo der

---

*) Indessen bleibt Sintenis der Behauptung gänzlicher Unstatthaftigkeit pfandweiser Bestellung der serv. praed. urb. getreu; s. prakt. Civilr. Bd. I. §. 70. Anm. 16. u. s. Recension der oben citirten Abh. von v. d. Pfordten in dem Leipz. krit. Jahrb. 1843. S. 979.

Nichteigenthümer Einem oder gar zu verschiedenen Zeiten auch Mehreren eine einzelne bestimmte Sache zum Unterpfand bestellt hat, zu deren Eigenthum er in der Folge wirklich gelangt ist. Dabei lassen sich

Zu a) zweierlei Fälle denken: entweder der Verpfänder hatte zur Zeit der Verpfändung schon wirklich Ansprüche an die Sache, deren Realisirung nur der Folgezeit vorbehalten bleiben mußte; es war nämlich eine res debita, oder der Schuldner hat das Unterpfand unter ausdrücklicher oder wenigstens implicite erkennbarer Bedingung künftiger Erwerbung der Sache bestellt; [Fälle des s. g. anticipirenden Pfandvertrags: s. Dernburg a. a. O., S. 236., z. B. bei Bestellung einer Generalhypothek.] — oder er war ohne allen wirklichen Anspruch an die von ihm verpfändete Sache. Im ersteren Falle gilt das Pfandrecht als auf stillschweigender Voraussetzung der künftigen Erwerbung beruhend, l. 1. pr. l. 16. §. 7. D. 20. 1. — l. 3. §. 1. D. 20. 4., sobald sie sein geworden ist. Den in der Zwischenzeit vom vorigen Eigenthümer auf giltige Weise constituirten Unterpfändern kann natürlich kein Eintrag dadurch geschehen; ob aber nicht wenigstens dem nunmehrigen Erwerber der Sache gegenüber angenommen werden dürfe, daß der Eintritt der gedachten Voraussetzung die Pfandbestellung auf den Zeitpunkt, da sie geschehen ist, zurück in Giltigkeit versetze, ist bestritten. Die ältere Literatur hierüber s. Glück Thl. XVIII. S. 216. 2c. Von den Neueren wird diese Streitfrage zum Theil bejaht; s. Hofacker Princ. jur. civ. §. 1172., Mühlenbruch Doctr. Pand. §. 306. not. 12. (Ed. 3.), Unterholzner jurist. Abh. no. 2. S. 70., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. Bd. II. §. 128., Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 178., Trotsche in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 98 ff., Schmidt ebend. N. F. Bd. VIII. S. 367., [Arndts Pand. §. 384. Anm. 6., Brinz Pand. I. S. 299 ff., Riebel in Linde's Zeitschr. N. F. XIII. S. 288. u. Dernburg a. a. O. S. 247., der dies als die gemeine Ansicht bezeichnet.]. — Die verneinende Meinung, s. Schilling Institutionen §. 207. not. p., Puchta Pand. §. 210 g. Roßhirt Zeitschr. f. Civil- und Criminalr. Bd. I. S. 23., Glück Thl. XVIII. S. 216., Thl. XIX. S. 232., Sintenis Handb. d. Pfandr. S. 386., Seuffert Pand. I. §. 214. No. 2., Heimbach im Rechtslexikon VIII. S. 66. u. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 369. Anm. 1. u. §. 372. Anm. 2., welcher auch eine von Sintenis a. a. O. noch zugelassene Ausnahme in Ansehung einer res debita wohl mit Recht verwirft (s. auch Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 207.),

ist wohl nicht nur durch die Glosse l. 7. §. 1. D. 20. 4., sondern auch rationell mehr begründet.

Im letzteren Fall, wenn nämlich der Nichteigenthümer eine Sache, auf welche er gar keinen Anspruch hat, ganz unbedingt verpfändete, hat entweder der Pfandnehmer gewußt, daß die verpfändete Sache eine res aliena sey, dann hat er daran nichts weiter, als ein Retentionsrecht dem Schuldner gegenüber, — oder er hat es nicht gewußt, dann convalescirt durch die spätere Erwerbung das auf dieselbe constituirte Unterpfand,*) und er hat act. hypothecaria utilis, l. 41. pr. D. 13. 7. — l. 5. C. 8. 16., und wenn vom non-dominus die Sache Mehreren verpfändet worden ist, so richtet sich unter ihnen der Rang nach der Zeit der Pfandbestellung; l. 14. D. 20. 4. si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneravit, prior potior est; l. 9. §. 3. D. 20. 4.

Einen eigenthümlichen Fall behandelt l. 9. §. 3. D. 20. 4., welcher den Auslegern viele Mühe verursacht hat; s. Bolley v. öffentl.

---

*) Manche glauben zwar auch im ersten Fall Convalescenz annehmen zu dürfen, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 3. §. 4., indem sie in den Worten des Gesetzes l. 1. pr. D. 20. 1. difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio, keine absolute Versagung der actio utilis finden; es wird aber dagegen dargethan, daß Papinian das Wort difficilius öfter im verneinenden Sinn gebrauche, in welchem es daher auch von den meisten Auslegern angenommen wird; s. oben Bolley a. a. O. §. 53., Westphal von Verpfändung fremder Güter §. 11., Glück Thl. XIV. S. 28.

Andere dagegen beschränken selbst im letztern Fall die Convalescenz des Pfandrechts durch den spätern Eigenthumserwerb von Seite des Schuldners auf den Fall, wenn dieser bei der Pfandbestellung als Suspensivbedingung erwähnt worden war; vergl. über diese Controverse Meyer im civilist. Archiv Bd. IX. S. 246. und Müller ebend. S. 392. Allein s. dagegen l. 41. D. 13. 7. — l. 22. D. 20. 1. — l. 5. C. 8. 16., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 16., Sintenis Civilr. Bd. I. §. 69. Anm. 9., welcher darauf vorzügliches Gewicht legt, daß die späteren Juristen, wie Paullus l. 41. D. 13. 7. u. Modestin. l. 22. D. 20. 1., die Convalescenz des Pfandrechts ganz allgemein annehmen, womit auch das Constitutionsrecht im Einklange steht; l. 5. C. 8. 16. In allen Fällen, wo die Verpfändung einer fremden Sache ein Pfandrecht nicht zu erzeugen vermag, äußert der Pfandvertrag wenigstens unter den Contrahenten die Wirkungen, welche überhaupt durch seine Vertragsnatur begründet werden. So kann dann bei dem Faustpfand der Pfandschuldner nach Abzahlung der Schuld mit der directen pignoratitia die Rückgabe der verpfändeten Sache verlangen, l. 9. §. 4. l. 22. §. 2. D. 13. 7., und bei dem Pfandgläubiger ist bei der Entwährung der Sache die conträre pignoratitia auf Ersatz u. s. w. gestattet; l. 16. §. 1. D. ibid.

Unterpfänd. §. 55. Titia hatte zuerst dem Titius, dann dem Mevius ein fremdes Gut verpfändet; in der Folge wurde sie Eigenthümerin desselben, gab es aber ihrem Mann in einem Anschlag (venditionis causa) zum Heirathsgut. Wie nun, wenn Mevius sein Pfandrecht, nachdem inzwischen Titius bezahlt worden ist, geltend machen will? Die Entscheidung weist ihn ab, unter Beifügung des Grundes: tunc enim, priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, *cum res in bonis debitoris inveniatur:* in proposito autem maritus emtoris loco est. Die einfachste Erklärung dieser Stelle gibt Glück Thl. XVIII. S. 201. dahin: das Pfandrecht des zweiten Gläubigers kann zwar giltig werden, wenn das Pfandrecht des ersten Gläubigers durch Zahlung getilgt ist. Dabei wird aber freilich vorausgesetzt, daß der Schuldner zu der Zeit, da das Pfandrecht des zweiten Gläubigers in seine Wirkung treten soll, noch Eigenthümer der verpfändeten Sache sey. Hatte also der Schuldner die Sache in der Zwischenzeit veräußert, ehe das Pfandrecht des ersten Gläubigers erloschen war, so kann nun das Pfandrecht des zweiten Gläubigers darum nicht convalesciren, weil jetzt die Sache schon wieder, was sie zur Zeit der Verpfändung war, eine fremde Sache geworden ist. Hätte indessen der neue Eigenthümer um die geschehene Verpfändung der Sache gewußt, so würde ihn wenigstens der dolus verantwortlich machen. Auf ähnliche Weise verordnet das churpfälzische Landrecht Th. II. Tit. 20. §. 5.: „wenn Einer ein fremdes Gut verpfändet und nachher, da es sein eigen wird, wieder einem Andern verpfändet, so soll der Andere dem Ersten vorgehen." [Vergl. auch Gesterding Pfandr. S. 104., Trotsche in Linde's Zeitschr. XVIII. S. 89. u. Dernburg Pfandr. I. S. 263 ff.]

Ein anderer Fall läßt sich denken, wenn nämlich der Verpfänder einer fremden Sache Erbe des Eigenthümers, oder der Eigenthümer Erbe des Verpfänders wird. Im ersten Fall kann nach den vorangeführten Gesetzen kein Zweifel gegen die Convalescenz des Unterpfands erwachsen; im zweiten Fall aber scheinen sich zwei Gesetzstellen, l. 22. D. 20. 1. und l. 41. D. 13. 7., völlig zu widersprechen, und die siebenfachen von Volley zusammengestellten Versuche, sie zu vereinigen,*) sind wohl mit v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 372. Anm. 2. d. [u. Dernburg a. a. O. S. 269., welcher letztere

*) Welchen noch beizufügen ist K. F. Westhoff in s. Abhandlungen no. III. (Jena 1830.) über die utilis pignoratitia actio des Gläubigers wegen Verpfändung fremder Sachen; Büchel civilrechtl. Erörterungen Bd. II. S. 15.

sich aber für die Ansicht Modestin's in l. 22. cit. als die billigere und der geistigen Anschauung angemessenere entscheidet] als mißlungen anzusehen. Doch wird der Widerstreit höchst selten praktisches Interesse haben; denn mag man auch aus überwiegenden Gründen, s. Glück Thl. XIV. S. 38., Gmelin Ordn. der Gläubiger S. 199., Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 56., Gesterding Pfandrecht §. 26. no. 4. S. 175., annehmen, daß das ungiltig bestellte Unterpfand nicht dadurch giltig werden könne, daß der wirkliche Eigenthümer Erbe des Verpfänders geworden ist, oder mit v. Vangerow a. a. O. nach der Rechtsanalogie doch dem Gläubiger eine actio utilis zugestehen (s. auch Müller im civilist. Archiv Bd. XI. S. 396. ꝛc.), so bleibt ja überhaupt dem Erben keine andere Wahl, als entweder jenes Unterpfand zu ratihabiren, oder ein gleich gutes Unterpfand zu bestellen; s. Westphal a. a. O. §. 115., Meyer im civilist. Archiv Bd. IX. S. 260., Glück a. a. O. S. 32.

Eine giltige Verpfändung von Sachen, welche zur Zeit dem Verpfänder nicht eigenthümlich gehören, tritt auch bei der Verpfändung alles gegenwärtigen und künftigen Vermögens ein. So verpfändet man auch bei Verpfändung eines beständiger Veränderung unterworfenen Waarenlagers gar vieles, was man noch nicht besitzt; l. 34. pr. D. 20. 1. Aber l. 15. §. 1. D. 20. 1. macht dies unbedenklich; denn quando dicitur, *creditorem probare debere, quum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse,* ad eam conventionem pertinet, quae *specialiter* facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut, specialiter rebus hypothecae datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res essent obligatae. Sind nun solche künftig zu erwerbende Vermögens-Gegenstände mehreren Gläubigern nach einander generell oder speciell verpfändet, so ist die Regel diese, daß sie zu gleichen Rechten concurriren. Doch gilt dies nur für Conventional- und solche stillschweigende Hypotheken, welche nicht Generalhypotheken sind; wenn dagegen gesetzliche Generalhypotheken zur Frage stehen, so geht eine solche an später erworbenen Sachen der gewöhnlichen, gleichviel ob früher oder später, aber vor dem Erwerb der Sache bestellten, Hypothek vor, und unter mehreren Hypotheken dieser Art, welche vor dem Erwerb der Sache bestellt wurden, entscheidet die Priorität der Zeit. Den inneren Rechtsgrund für diese Verschiedenheit bei den gesetzlichen Generalhypotheken findet Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 207. ꝛc. darin, daß die vertragsmäßigen Generalhypotheken den Charakter eines an einzelner

Sachen ertheilten wirklichen Pfandrechts haben, wogegen das gesetzliche Generalpfandrecht des fiscus, dem außer andern das der Pupillen gleichsteht, die vermögensrechtliche Person, die universitas bonorum zum Gegenstand hat, und nichts anderes als ein zur Potenz des Pfandrechts verstärktes privilegium exigendi ist, also velut, quasi jus pignoris l. 1. 2. C 8. 15. — l. 2. C. 7. 73. Die universitas bonorum in ihrer von der Person getragenen Einheit umfaßt nämlich eben so, wie die hereditas, die Entwickelung durch weitere Acquisitionen mit in sich. Der fiscus geht daher jedem Conventional-Pfandgläubiger in re postea quaesita vor, praevenit causam pignoris fiscus, l. 28. D. 49. 14., weil sein Quasipfandrecht die universitas bonorum, oder gleichsam die vermögensrechtliche Person und mithin auch die Erwerbsfähigkeit des Schuldners selbst ergreift, eben dadurch aber etwas, was eine Bedingung des Erwerbs der einzelnen Sache und folglich des Pfandrechts daran ausmacht. Es folgt hieraus auch weiter, daß, wenn ein solches gesetzliches Pfandrecht an der universitas bonorum mehreren Gläubigern zusteht, unter ihnen an Allem, woraus die universitas besteht, eben so die Priorität der Zeit entscheidet, wie wenn mehreren hinter einander eine einzelne Sache verpfändet ist; l. 21. pr. D. 20. 4.

Zu b) Da muß er sich Kraft des Gesetzes gefallen lassen, als einwilligend angenommen zu werden; l. 2. C. 8. 16.

Zu c) Hierzu werden solche Handlungen erfordert, welche eine andere Auslegung nicht zulassen.*) Die Gesetze stellen folgende Beispiele auf:

a) wenn derjenige, dem die Sache gehört, nachdem vorher der Andere sie seinem Gläubiger verpfändet hat, sich bei diesem verbürgt; l. 5. §. 2. D. 20. 2;

b) wenn er eine Urkunde, in welcher seine eigenthümliche Sache verpfändet wird, entweder selbst schreibt oder unterschreibt, l. 26. §. 1. D. 20. 1., was jedoch mit Rücksicht auf andere Gesetzstellen, z. B. l. 39. D. 13. 7. u. l. 34. §. 2. D. de legat. II. (31.) nicht schlechthin in allen Fällen der Mitwirkung des Dritten, sondern nur da anzunehmen seyn dürfte, wo die dadurch im Andern veranlaßte Täuschung diesen in positiven Verlust brächte; Bolley a. a. O. §. 39.

*) Vergl. Bd. I. §. 36. S. 339. dieses Werks v. d. stillschweigenden Einwilligung.

Zu d) Nach l. 16. §. 1. l. 21. pr. D. 20. 1. scheint es außer Zweifel, daß die nachfolgende Genehmigung auf den Zeitpunkt der geschehenen Verpfändung zurückgezogen werden müsse, versteht sich jedoch ohne Nachtheil der inzwischen Andern giltig constituirten Unterpfänder. Wenn nun aber Mehreren zu verschiedenen Zeiten solche ursprünglich ungiltige Hypotheken bestellt worden sind, kann allerdings Zweifel darüber erhoben werden, welchen Einfluß die nachgefolgte Genehmigung auf den Rang dieser Gläubiger unter sich habe? — Man setze: die Genehmigung sey für die zu verschiedener Zeit constituirten Unterpfänder gleichzeitig geschehen, können dann dieselben nur gleiches Recht und gleichen Rang behaupten? Nach dem Princip der retroactiven Wirksamkeit müßte man vielmehr eine Rangordnung nach der Zeit der ursprünglichen Pfandbestellung statuiren, wie auch Volley a. a. O. §. 40. mit Anton Faber Error. Pragm. und Gmelin Comm. de jure pignoris et hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 46. unter der Bemerkung annimmt, daß Marcian's Ausspruch in l. 16. §. 1. D. 20. 1. zu bedeutungslos schiene, wenn man ihn nicht in diesem Sinn auffassen würde. Ebenso Dernburg Pfandr. I. S. 230. — Wie aber, wenn die Ratihabition nicht gleichzeitig, sondern für den jüngeren Gläubiger früher, für den älteren später erfolgt wäre? Da müßte man wohl dem jüngeren den Vorzug zugestehen, da ihm sein erlangtes Recht durch eine spätere Handlung nicht mehr entzogen werden konnte; Volley a. a. O. u. Dernburg a. a. O.

Zu 4) Man stößt hier auf entgegengesetzte Meinungen. Mühlenbruch Cession S. 626. not. 194. und wohl auch Glück Thl. XVI. S. 447., obwohl in minder bestimmtem Ausdruck, begreift in der Gewährsverbindlichkeit des Cedenten für die veritas nominis auch die Verität der accessorischen Rechte, und legt ihm daher auch dafür die Haftung auf, daß die verpfändete Sache keine res aliena sey. Die dafür angeführte l. 6. D. 18. 4. emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet, scheint indessen in Verbindung mit l. 23. pr. D. 18. 4. nichts weiter zu sagen, als was gewöhnlich im dare, praestare verstanden wird, man kann daher blos die Verbindlichkeit zur Uebertragung des accessorii mit dem principale als den Sinn dieser Stelle auffassen, ohne daß darin über die Evictionsleistung etwas besonderes hätte bestimmt werden wollen. Die entgegengesetzte Meinung: der Cedent müsse wohl dafür einstehen, daß ihm die Sache wirklich verpfändet sey, nicht aber dafür, was er muthmaßlich gar nicht wußte, daß sie dem Verpfänder auch wirklich gehöre, also nur für

die factische Wirklichkeit, nicht für die rechtliche Giltigkeit der Verpfändung, welche ja der Cessionar selbst bei Eingehung des Cessionsgeschäfts untersuchen konnte, wenn auch der Cedent in gutem Glauben es nicht für nöthig gehalten hatte, findet ihre Stütze in l. 30. D. 20. 1. periculum pignorum nominis venditi ad emtorem pertinere, si tamen probetur, eas res obligatas fuisse, denn hier wird nur der Beweis des factum gefordert, rem pignori obligatam fuisse, desgleichen l. 10. D. 20. 5. verb.; is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest. Auch nach l. 12. §. 1. D. 20. 5. hat derjenige, welcher das zur Befriedigung des Pfandgläubigers veräußerte Pfandobject gekauft hat, die Gewährsklage nicht gegen den Pfandgläubiger, sondern gegen den Besteller des Unterpfands. Auch scheint l. 74. §. 3. D. 21. 2. dafür zu sprechen, daß der Cedent nicht hafte, wenn er nicht in dolo versirte. Diese Meinung vertheidigt Westphal in der Abh. von Verpfändung fremder Güter §. 9. und G. L. Böhmer in s. Rechtsfällen Bd. II. no. 162. S. 19.

Zu 5) Hierüber ist gewöhnlich in den neueren Hypothekengesetzen einzelner Länder Bestimmung getroffen. Gemeinrechtlich ist anzunehmen, daß der Richter für ungegründete Hypothekverschreibungen um deswillen, weil er durch seine Amtsbestellung die Verbindlichkeit übernommen hat, Schaden zu verhüten, einzustehen und den mittleren Grad des Fleißes zu prästiren habe; l. 5. §. 4. D. 44. 7. — l. 6. D. 50. 13. — pr. J. 4. 5. — arg. l. 27. §. 9. und 11. D. 9. 2. Dabei kann ihm aber zur Entlastung gereichen, wenn der Darleiher, welcher ihn angegangen hat, den ihm nun zum Schaden gereichenden Mangel eben so gut actenmäßig erkennen konnte; Volley a. a. O. §. 129. Immer kann sich die Haftungsverbindlichkeit des Richters nur darauf gründen, daß er einen solchen Mangel an den wesentlichen Erfordernissen nicht beachtet hat, welchen er vermöge seiner amtlichen Kenntnisse ersehen konnte; z. B. wenn er die erste Hypothek constituirte, während schon ältere auf der Sache hafteten, so kann er dafür nur dann verantwortlich seyn, wenn diese ihm amtlich bekannt geworden sind. Er haftet ferner für unterlassene gesetzliche Förmlichkeiten, z. B. bei Belehrung des weiblichen Geschlechts. Hat er außer dem Kreis seiner Competenz Hypothekbestätigungen vorgenommen, so ist gewiß der mittlere Grad des Fleißes nicht beobachtet, doch hält Volley a. a. O. dafür, daß der Gläubiger, wenn er selbst das Verhältniß des Richters gegen die Person und die Sache des Schuldners aus dem Inhalt des Acts ersehen konnte, zu einer Regreßnahme nicht befugt sey.

Zu 6) Allerdings; s. l. 35. §. 1. D. 39. 5. Lucius Titius fundum Meviae donavit, et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Sejo pignori obligavit, et intra dies triginta Meviam in vacuam possessionem ejusdem fundi induxit. Quaero, an donatio perfecta sit? Respondit: secundum ea, quae proponerentur, perfectam; verum creditorem firmam pignoris obligationem habere.

Zu 7) In diesem Fall erlangt der Käufer erst durch Zahlung das Eigenthum, kann also auch nicht unbedingt, sondern nur bedingt verpfänden, der Verkäufer aber behielt bis dahin das Eigenthum, mithin läßt sich auch die Giltigkeit seiner Verpfändung nicht bezweifeln; Bolley a. a. O. §. 51., Gmelin's Meinung in Diss. de jure pignoris, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit §. 31., daß, sobald die Zahlung des Kaufgelds erfolgt sey, mithin das Eigenthum für den Verkäufer verloren gehe, auch das von ihm bestellte Unterpfand erlösche, und dieses wie jenes durch den Eintritt der Resolutivbedingung vernichtet werde, möchte wohl nicht zu billigen seyn, wenn man nämlich annehmen darf, daß das pactum reservati dominii vielmehr den Eigenthumserwerb des Käufers suspendire; Gensler im civilist. Archiv Bd. II. no. 29., v. Hartitzsch Entscheidungen S. 135., s. oben Kap. II. §. 105. Fr. 6.

Zu 8) Zufolge des Grundsatzes: daß jedes Object, welches dem Gläubiger Sicherheit gewährt, ohne Zuthun des Schuldners, durch die Sache selbst zu seiner Befriedigung zu gelangen, der Verpfändung fähig sey, s. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. IV. S. 10., und nicht eine über die Schuld errichtete Urkunde, sondern die Schuld selbst den Gegenstand der Verpfändung bilde, wird diese Frage bejaht in v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen S. 177.

Zu 9) Das Princip der Untheilbarkeit*) hat zur rechtlichen

*) Dasselbe kommt nicht nur active den Erben des Gläubigers zu Statten, sondern wirkt auch passive gegen die Erben des Schuldners; l. 1. l. 2. C. 8. 32. — Voet Comm. ad Pand. L. 20. tit. 3. §. 3., Carpzov Jurispr. for. P. II. c. 23. no. 31. Daher können einzelne Erben, ob sie gleich für die Erbschaftsschulden eigentlich nur pro rata hereditaria verbunden sind, doch mittels der Pfandklage in solidum belangt werden; s. v. Ende jurist. Ausführungen no. VII. Zwar wird dies von Einigen bestritten, wozu die Schlußworte der l. 1. C. communia de legat. 6. 43. Veranlassung gaben, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 30. no. 41., Stryck de success. ab intestato Diss. VII. c. 4. §. 26. Allein man kann dieser Stelle nicht einen dem allgemein ausgesprochenen Princip der Untheilbarkeit der Pfandklage widersprechenden Sinn unterlegen, und überdem ist dieser Vorzug der Pfandklag

Folge, daß der Pfandgläubiger sich nicht blos an den Antheil, welcher seinem Schuldner ausgeschieden wurde, halten, sondern den Antheil eines jeden der nun getrennten Theilhaber bis auf die Hälfte des Werths in Anspruch nehmen kann; l. 3. §. 2. D. 20. 4. — l. 7. §. 4. D. 20. 6. — l. un. C. 8. 21. — l. 6. §. 8. D. 10. 3.

Zu 10) Mühlenbruch hat

zu a) die noch in der 2. Aufl. seiner Lehre v. d. Cession aufgestellte verneinende Meinung in der 3. Auflage S. 526. dahin reformirt, daß bei einem verpfändeten nomen dasselbe Recht gelten müsse, wie bei einer verpfändeten körperlichen Sache, daß nämlich dieselbe nach l. 14. pr. D. 20. 1. auch vor Eintritt der mora mit der hypothekarischen Klage verfolgt werden könne, wenn Gefahr des Verlusts vorhanden ist. Unzweifelhaft bleibt jedenfalls die Anwendung provisorischer Sicherheitsmaßregeln.

Zu b) Hat der verpfändete und von der Verpfändung gehörig in Kenntniß gesetzte Schuldner Einem der Pfandnehmer vor einer Concurseröffnung oder vor einem Arrest oder Zahlungsverbot gezahlt, so behält dieser unstreitig das Gezahlte. Außerdem muß man, um diese Frage gehörig zu beantworten, auf die Beschaffenheit des Rechts, welches der Pfandnehmer gegen den ihm verpfändeten Schuldner erlangt, und auf die Natur der ihm dafür gegebenen Klage zurückgehen. Wäre das gegebene Recht ganz das eines Cessionars (was man aber doch nicht annehmen darf, so lange Verpfändung eines nomen und cessio nominis zweierlei Rechtsgeschäfte sind), so müßte natürlich die spätere Cession vor der frühern zurückweichen, weil der Verpfänder an einer Sache, an welcher er selbst kein Recht mehr hatte, auch keines weiter transferiren konnte. Dies ist wenigstens dann gewiß, wenn nicht etwa der spätere Pfandnehmer durch den Besitz der Instrumente auf das melior est conditio possidentis Anspruch machen kann. Ebenso müßte nach dem Vorrang des Alters entschieden werden, wenn man die actio utilis des Pfandnehmers gegen den ihm verpfändeten Schuldner als eine act. hypothecaria betrachten dürfte, was aber nach der von v. Vangerow (s. Pand. Bd. I. §. 368. not. 1.) gegen Trotsche das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers

---

vor der act. personalis ex testamento auf das Bestimmteste anerkannt in l. 1. 2. C. 8. 32. Dasselbe kommt auch dem von mehreren Litisconsorten gewählten Anwalt rücksichtlich der demselben unter Verpfändung ihres Vermögens geleisteten Caution dahin zu Gute, daß er jeden Streitgenossen, welchen er will, auf das Ganze in Anspruch nehmen kann; l. 65. D. 21. 2., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. S. 73.

S. 75. gemachten unwiderleglichen Erinnerung nicht möglich ist; denn eine überwiesene obligatio kann nur eine actio in personam erzeugen. Dem debitor oppignoratus gegenüber stehen sich demnach beide Pfandnehmer völlig gleich, und ein Vorzug unter ihnen kann nur durch die Qualification des vom Pfandgeber ertheilten Pfandrechts begründet werden. Das qualificirte geht daher dem einfachen und unter mehreren einfachen Unterpfändern das ältere dem jüngern vor. Immer aber wird dabei mit Pfeiffer praktische Ausführungen Bd. VII. S. 1. ꝛc. die Perfection des Pfandvertrags vorauszusetzen seyn, zu welcher hier die Certioration des verpfändeten Schuldners wesentlich erforderlich ist, durch welche zwischen ihm und dem Pfandgläubiger erst ein festes Rechtsverhältniß hergestellt werden kann. [Dernburg sagt (a. a. O. S. 462.), die Verpfändung der Forderung sey nichts als eine beschränkte Forderungscession; über den Vorrang im Fall mehrfacher Verpfändung bemerkt er (S. 470 ff.): vor erfolgter Denuntiation (Certioration) ist jeder Pfandgläubiger in der Lage zu fordern und anzunehmen; hat einer der Pfandgläubiger das Objekt der Forderung eingenommen, so treten die in der Forderungsverpfändung eingeschlossenen anticipirten Pfandrechte mit dem Datum des Bestellungstags ein; denuntiirt der älteste Pfandgläubiger zuerst, so sichert er sich sein Vorzugsrecht, und die anderen haben nur das jus offerendi et succedendi; hat ein jüngerer Pfandgläubiger zuerst denuntiirt und auch bereits Zahlung erhoben, bevor der ältere sich meldet: so behält jener das Erhobene; meldet dieser sich aber vor der Zahlungserhebung, so hat er den Vorzug (so auch Mühlenbruch Cession S. 502. und v. Vangerow Bd. III. §. 575. Anm. 4., wogegen Musset in Linde's Zeitschr. N. F. XII. No. 12. und Windscheid die Actio S. 189. für die Potiorität der Denuntiation sich erklären).]

Zu 11) Nach der Natur des Geschäfts und nach der praktischen Auffassung*) kann man wohl nichts Anderes annehmen, als daß die Sache selbst, nämlich in der Eigenschaft eines Pfands, oder die Aus=

*) Doctrinelle Untersuchungen dieser Materie s. Hepp im civilist. Archiv Bd. XIII. S. 343., Bd. XV. S. 79., v. Löhr das. Bd. XIV. S. 162., Büchel civilrechtl. Erörterungen no. 3., Sintenis Handbuch des gem. Pfandrechts S. 176., Fuhr und Hoffmann civilistische Versuche Heft I. S. 72., Trotsche das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 75., Sintenis pfandrechtliche Streitfragen Abhandl. I., Mühlenbruch Cession S. 519., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 368. not. 2., Glück Thl. XIV. S. 59.

übung des Pfandrechts verpfändet sey, dergestalt, daß der Afterpfandgläubiger sich an das subpignus insoweit halten kann, als seine Forderung jener des creditor primus gleich steht; quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur; l. 13. §. 2. D. 20. 1. Nach dieser Ansicht kann der Pfandschuldner dem creditor primus nur so lange giltig zahlen, als er nicht von der Afterverpfändung certiorirt ist, dann aber, wenn ihn der Afterpfandgläubiger von der auf ihn pfandweise übergegangenen Ausübung des Pfandrechts in Kenntniß gesetzt hat, nur an diesen. Durch die Afterverpfändung geht nun auf den creditor secundus die Ausübung aller pfandschaftlichen Rechte des creditor primus über, und dieses auch insoweit, als die Ausübung des Pfandrechts nothwendig eine Ausübung der Forderung in sich begreift, aber eine selbständige Ausübung der Forderung ist in dem Vertrag, der blos auf das Pfand gerichtet ist, nicht enthalten; denn außerdem würde pignus nominis und pignus pignoris identisch werden;*) vergl. Puchta Pand. §. 208. [Dernburg verficht mit Gesterding, Mühlenbruch, Buchka u. A. die Auffassung, daß die Weiterverpfändnng der Pfandsache nichts andres sey als eine Verpfändung der Forderung des ersten Gläubigers mit dem zu ihrem Schutz bestellten Pfandrecht (a. a. O. S. 478 ff.); dies folge aus l. 13. §. 2. D. 20. 1., wo Marcian dem zweiten Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Objekt der Forderung seines Verpfänders gibt: was sich nur daraus erkläre, daß dem Afterpfandgläubiger die Forderung seines Verpfänders von Anfang an verpfändet war. Dieser Ansicht treten v. Vangerow Bd. I. §. 368. Anm. 2. (7. Aufl.) und Windscheid Pand. Bd. I. §. 239. Anm. 16. bei, letzterer mit der weiteren Ausführung: „Der Afterpfandgläubiger fordert Befriedigung für die durch das verpfändete Pfandrecht versicherte Forderung; wird ihm geleistet, so ist er der rechte Empfänger, aber wird ihm nicht geleistet, so hat er kein andres Mittel, die Leistung sich zu verschaffen, als Geltendmachung des verpfändeten Pfandrechts. Deßwegen kann er namentlich auch nicht den Schuldner in dieser Forderung durch Denuntiation hindern, sich durch Leistung an seinen Gläubiger zu befreien. Wird dem ersten Pfandgläubiger geleistet, so

---

*) In diesem Sinn erscheint die so vielfach besprochene l. 13. §. 2. D. 20. 1. gleichförmig mit Hepp im civilist. Archiv Bd. XV. S. 87. u. Hoffmann in den civilist. Versuchen Bd. I. S. 75. auch in der deutschen Uebersetzung des Corpus juris civ., nur daß eine Verdunkelung dadurch herbeigeführt ist, daß die Worte: cujus nomen pignori datum est, dahin übersetzt sind: „in dessen Namen das Pfand (ursprünglich) bestellt worden war."

gilt das Gleiche wie beim Forderungspfandrecht." Diese Ansicht ist gegenwärtig als die herrschende zu betrachten, obgleich die Vertheidiger derselben nicht alle in der Auslegung der l. 13. cit. übereinstimmen.]

---

§. 125.

2. Entstehungsart, Umfang und Wirkungen des Pfandrechts.

Am Pfandrecht überhaupt ist sehr wesentlich seine Eigenschaft der Untheilbarkeit. Es folgt nämlich daraus: eine bloße Abschlagszahlung vermag das für die Schuld bestellte Pfandrecht nicht in seinem Bestand zu schwächen. Wenn der Gläubiger seinen Schuldner mit Andern zugleich beerbt, mithin sein Antheil an der Forderung durch Confusion erlischt, bleibt doch das Pfandrecht in seinem ursprünglichen Bestande auch für den bloßen Ueberrest unverändert; l. 1. C. 4. 16. Von mehreren Miterben eines Pfandschuldners kann zwar jeder nur pro rata hereditaria belangt werden; allein wenn er das für das Ganze bestellte Pfand besitzt, so muß er es gleichwohl herausgeben, wofern er nicht die Hauptforderung in ihrem ganzen ursprünglichen Umfang bezahlt; l. 2. C. ibid. — l. 16. C. 8. 28. — l. 1. C. 8. 31. — Wenn mehrere Sachen für eine Forderung verpfändet sind, so wird keine derselben eher frei, als bis die Forderung vollständig getilgt ist; l. 19. D. 20. 1.

Die verschiedenen Eintheilungen des Pfandrechts

a) in Beziehung auf seinen Entstehungsgrund*) in necessarium, z. B. legale oder tacitum im römischen Sinn, und praetorium vel judiciale oder voluntarium und zwar entweder conventionale expressum oder tacitum (in Folge solcher Handlungen, welche keine andere Auslegung zulassen, s. z. B. l. 5. §. 2. D. 20. 2. — l. 2. C. 8. 16.) und testamentarium;
b) rücksichtlich der Form seiner Errichtung in publicum und privatum;
c) nach seinem Inbegriff oder Umfang in generale und speciale,

können eben so wie der Unterschied zwischen Faustpfand und

*) Durch Ersitzung kann kein Pfandrecht entstehen, s. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 37., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 247. — Von dem mit dem Pfandrecht nach l. un. C. 8. 27. verbundenen Retentionsrecht ob chirographariam pecuniam, s. Bd. I. Cap. II. §. 10. Nr. 6

Hypothek und die Liste der gesetzlichen Pfandrechte als bekannt vorausgesetzt werden. — Wir richten demnach unsere Aufmerksamkeit sogleich auf den Umfang und die Wirksamkeit des Pfandrechts, und hier kommt zunächst der Zeitpunkt des Anfangs in Betracht. Bei dem gesetzlichen Pfandrecht kann darüber keine Schwierigkeit entstehen; mit der Existenz des Rechts, mit welchem das Gesetz ein Pfandrecht verbindet, muß nothwendig auch dieses in Wirksamkeit treten.*) Bei dem Conventional-Pfandrecht ergibt sich, wenn es in einem Faustpfand besteht, der Anfang von selbst mit dem Moment der Tradition, so wie bei der Hypothek mit dem Moment der Constituirung, so ferne nämlich da die Forderung selbst schon existent ist, außerdem erst mit deren Entstehen; l. 1. l. 9. l. 11. l. 12. §. 2. D. 20. 4. — l. 4. D. 20. 3. — Glück Thl. XIX. S. 232. Nicht ganz zweifelfrei ist:

1) der Anfang des testamentarischen Unterpfands, und
2) die weitere Frage: ob der Erblasser auch Güter des Erben verpfänden könne, und von welcher Zeit an dieses Unterpfand in Kraft trete? Aber auch bei dem Conventionalpfandrecht ist es
3) eine schwierige Frage: nimmt das in rebus futuris versicherte Pfandrecht seinen Anfang von Zeit der Pfandversicherung, oder erst von Zeit der Erwerbung der Sache an? und zwar insbesondere
   a) wenn eine bestimmte einzelne Sache, oder
   b) wenn das Vermögen überhaupt, gegenwärtiges und zukünftiges, verpfändet wurde?
4) Von welcher Zeit an beginnt das für eine bedingte oder betagte oder für eine schlechthin künftige Forderung versicherte Unterpfand?

4a) Beginnt das für ein Darlehen constituirte Pfandrecht mit dem Tage der Schuld- und Pfandverschreibung, oder der Auszahlung des Darlehens?

4b) Mit welchem Zeitpunkt beginnt das Unterpfand in dem Vermögen eines Verwalters fremder Güter wegen der von ihm, als solchem, bezogenen und nicht abgelieferten Einnah-

*) Nur muß der Gegenstand schon als Pfand existiren, widrigenfalls erst mit diesem das Pfand beginnen kann, z. B. das des Verpachters an den Früchten erst, wenn sie vom Boden getrennt, und das an den invectis und illatis erst, wenn die Sachen in die Miethwohnung gebracht sind; l. 11. §. 2. D. qui potiores (20. 4.)

men? — In Ansehung des objectiven Umfangs der Hypothek fragt sich besonders:

5) Erstreckt sich die Generalhypothek auf alle und jede beweglichen Vermögensgegenstände ohne Unterschied, und muß man bei der hypotheca omnium bonorum die Fortdauer des pfandschaftlichen Nexus an den einzelnen beweglichen Gegenständen auch nach eingetretenen Veräußerungen annehmen?

5a) Bekannt ist die Regel: res oppignorata non aliter transit quam cum onere, — welche übrigens nicht so viel sagen will, als müsse der Käufer einer verpfändeten Sache allemal die Bezahlung der darauf haftenden Schuld übernehmen; denn allerdings kann er sich von der Zahlung durch Abtretung der Sache an den Pfandgläubiger befreien, s. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. S. 37., nicht immer aber bleibt das Pfandrecht auf einzelnen vom Schuldner veräußerten Vermögensstücken haften. Ausnahmsfälle finden sich in den Gesetzen in Ansehung einer verpfändeten taberna und grex. Indessen fragt sich: ob bei Verpfändung einer jeden universitas rerum die hinweggekommenen Stücke von der pfandschaftlichen Haftung frei, die hinzugekommenen ihr allemal von selbst unterworfen werden?

6) Wenn ein Schuldner sich also verpflichtet: „zur Sicherheit meines Darleihers verpfände ich hiermit demselben alles, mein bewegliches und unbewegliches Vermögen,“ kann der Gläubiger dann auch die unkörperlichen Rechte, z. B. Forderungen [Autorrechte], als mitverpfändet in Anspruch nehmen?

7) Involviren auch Versicherungen, daß das Vermögen für die Forderung haften solle, ein Unterpfandsrecht, wenn gleich ausdrücklich weder von einem Pfand, noch von einer Hypothek gesprochen ist?

8) Nach der gewöhnlichen Meinung ist im Unterpfand auch jeder Zuwachs desselben von Rechtswegen begriffen. Die Gesetze bestimmen dies von den Früchten, l. 29. §. 1. D. 20. 1. — l. 3. C. 8. 15.*) vom partus ancillae und an-

---

*) Die Meinungen der neueren Rechtsgelehrten sind indeß von der früheren Lehre, daß die Früchte einer verpfändeten Sache, auch wenn dieses nicht ausdrücklich ausgemacht wurde, als stillschweigend mitverpfändet anzusehen seyen, abweichend; vergl. Huschke Studien Bd. I. S. 368., Thibaut

dern Accessionen, l. 29. §. 1. l. 26. §. 2. D. 20. 1. — l. 1. C. 8. 25. — l. 18. §. 1. u. 2. D. 13. 7. — l. 1. D. 43. 33., auch wenn sie erst im Gewahrsam eines zweiten Eigenthümers zur Existenz kommen; l. 1. §. 2. D. 20. 1. Desgleichen von der Alluvion, l. 18. §. 1. D. 13. 7.

Aber auch an den Früchten hat der Pfandberechtigte in der Regel kein anderes Recht, als an der verpfändeten Hauptsache, nämlich sie zur Sicherheit seiner Forderung zu

---

Pand. Bd. II. §. 792. Eine neuere Untersuchung von Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXII. S. 395., vergl. Heimbach Lehre v. d. Frucht S. 222. führt zu dem auch von Puchta Pand. §. 203. angenommenen Resultat, daß ein selbständig geltend zu machendes Pfandrecht an Früchten nur dann entsteht, wenn die Früchte selbst durch ausdrücklichen Vertrag verpfändet worden sind, daß aber Früchte, welche nicht ausdrücklich verpfändet sind, officio judicis dem Pfandgläubiger zugesprochen werden können, und zwar theils von Zeit der erhobenen Pfandklage, theils wenn der Schuldner oder dessen Erbe früher gezogene Früchte noch besitzt, oder auch wenn ein dritter Nichteigenthümer die fructus extantes noch besitzt. Auch wenn die Früchte durch specielle Abrede verpfändet sind, wird dennoch verlangt, daß diese Früchte bei ihrer Perception in das Eigenthum des Verpfänders oder seiner Erben fallen. Die neueste uns bekannte Ausführung dieser Materie von Francke im civil. Archiv Bd. XXX. S. 194. führt zu folgendem Ergebniß:

1) Die Früchte des Pfandes gelten als durch stillschweigenden Vertrag mit verpfändet: eine ausdrückliche Verpfändung derselben ist nicht nöthig.
2) In beiden Fällen aber, die Früchte mögen stillschweigend oder durch ausdrücklichen Vertrag verpfändet seyn, entsteht das Pfandrecht erst an den getrennten Früchten, und nur dann werden die Früchte verpfändet, wenn sie bei ihrer Trennung in das Eigenthum des Verpfänders oder seines Erben fallen. Das Datum des Pfandrechts wird aber unter dieser Voraussetzung auf die Zeit des Vertrages zurückgezogen.
3) Außerdem können dem klagenden Pfandgläubiger Früchte officio judicis, bald subsidiarisch, bald ohne diese Beschränkung, zuerkannt werden, falls den Besitzer im einzelnen Falle eine besondere Restitutionspflicht in dieser Hinsicht trifft. Eine solche trifft aber
   a) jeden Besitzer von Zeit der erhobenen Klage;
   b) der Besitzer einer fremden Sache in bona oder in mala fide hat dem Pfandgläubiger dieselben Früchte herauszugeben, welche er dann restituirt, wenn er vom Eigenthümer der Sache mit der vindicatio belangt worden ist.
4) Das Interdictum Salvianum umfaßt nach seinem besondern und nach den Grundsätzen der restitutorischen Interdicte alle Früchte der Sache, welche der Beklagte besitzt, oder dolo fecit, quo minus possideret. Jedoch steht dieses Rechtsmittel blos dem Verpächter wegen der ihm verpfändeten invecta et illata zu.

behalten, daher er sie nur auf deren Rechnung beziehen kann; l. 1—3. l. ult. C. 4. 24. — l. 1. C. 8. 28. — und zwar zunächst auf Rechnung der Zinsen, l. 2. C. 8. 25. Zweifelhaft ist hiernächst die Frage: ob der Inhaber eines fruchttragenden Unterpfands für sein ohne Zinsenstipulation gegebenes Darlehen die Früchte nicht auf den Betrag der gesetzlichen Zinsen compensiren kann?*)

9) Haftet das Unterpfand nicht nur für das Capital, sondern auch für Kosten und Zinsen, Verwendung und auch für Conventionalstrafen? Was ist bei einem Mehreren gleichzeitig constituirten Pfandrecht zu statuiren?

10) Wenn mit dem Verpfändungsvertrag ein ausdrücklicher antichretischer**) Vertrag verbunden worden ist, kraft dessen dem Gläubiger der Bezug der Früchte statt der Zinsen überlassen worden ist, so fragt es sich, ob und in welchen Fällen der antichretische Pfandgläubiger Rechnung über die bezogenen Früchte abzulegen und sich den Ueberschuß über das gesetzliche Zinsenmaß am Capital kürzen zu lassen schuldig ist? [ferner: ob der Pfandgläubiger sein Pfand an die Concursmasse abzuliefern hat?]

11) Von dem mit dem Pfandrecht verbundenen Retentionsrecht für andere mit einem Unterpfand nicht versehene Forderungen desselben Gläubigers ist bereits bei unserer allgemeinen Erörterung des Retentionsrechts in Bd. I. §. 10. Fr. 6. gehandelt worden. Es kam dort schon zur Sprache, daß manche Rechtslehrer, zu welchen auch Glück (Thl. XV. S. 130.) zu gehören scheint, nur dem Conventionalpfandrecht diese Wirkung zuschreiben, während die meisten Rechtslehrer, welchen außer den schon angeführten auch Schilling im Lehrb. f. Institt. §. 215. not. 1., Sintenis Pfandrecht S. 243., Gesterding Pfandrecht S. 133., Fritz zu Wening-Ingenheim S. 491., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 382. beigezählt werden können, einen Unterschied in Beziehung

---

*) Außer Zweifel ist, daß nicht auch dasjenige haftet, was für ein Pfand erst erworben und angeschafft wurde, oder der dafür erlangte Kaufpreis; Sintenis Civilr. Bd. I. §. 76. Anm. 6. — auch nicht eine neue Sache, welche durch Umgestaltung aus der verpfändeten Sache entstanden ist, wofern nicht das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht ist; l. 18. §. 3. D. 13. 7.

**) Antichresis oder mutuus usus, Gegennutzung s. Glück Thl. XIV. §. 870. [v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 384. Anm. 2., Windscheid Pand. Bd. I. §. 234. Anm. 5. Vergl. auch unten zu Fr. 8.]

auf den Ursprung des Pfandrechts nicht in der l. un. C. etiam ob chirograph. pecuniam pignus teneri posse (8. 27.) begründet finden; da aber andere Rechtslehrer diese Wirkung des Pfandrechts noch weiter, nämlich auf den Fall eines gegebenen Faustpfands, beschränken, so ist auch diese Frage hier zu berühren; — desgleichen

12) ob das Retentionsrecht blos wegen Darlehnsforderungen stattfinde?

13) Ob dasselbe für die andere Schuld nicht blos dann stattfinde, wenn diese später entstanden ist, sondern auch wenn sie schon vor der Pfandschuld oder mit ihr gleichzeitig contrahirt worden ist? Ob auch im Concurs des Schuldners?

14) Man setze den Fall, daß mir ein Dritter A. für meine Forderung an B. zu meiner Sicherheit ein Unterpfand bestellt hat. Nun habe ich aber auch unversicherte Forderungen sowohl an A. als an B.: kann ich dann auch für diese das Retentionsrecht ex lege un. C. 8. 27. geltend machen?

15) Kann der Pfandgäubiger dann, wenn das Conventionalpfand entweder durch Eviction oder durch Hauptmängel leidet, verlangen, daß ihm ein neues Unterpfand eingeräumt werde?

16) Wenn das Pfand zum Verkauf gekommen und der Gläubiger aus dem Erlös befriedigt worden ist, hinterher aber dem Käufer die Sache entwährt wird, haftet dann der Gläubiger als Empfänger des Erlöses, oder der Pfandschuldner wegen der Entwährung?

17) Hat der hypothekarische Gläubiger ein Recht auf die Assecuranzgelder, zu deren Belauf das ihm verpfändete Haus versichert worden ist?

Zu 1) Es leuchtet wohl von selbst ein, daß das testamentarische Unterpfand nicht gegen die Gläubiger des Erblassers, so lange sie nämlich auf Absonderung dringen können, sondern nur gegen die des Erben und gegen dritte Besitzer wirken könne, und in dieser Richtung wird es immer ein Absonderungsrecht hervorbringen, weil es schon vorher, ehe die Sache in die Hände ihres jetzigen Eigenthümers kam, gegründet war; s. Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 121. Hat nun der Testirer eigene Sachen zum Unterpfand bestellt, so

wird dieses mit dem Tod des Erblassers von Rechtswegen erworben, weil mit diesem Zeitpunkt sein Wille als endlicher erscheint; s. Sintenis Civilr. Bd. I. §. 74. II. vorausgesetzt, daß die Schuld schon besteht, außerdem erst mit dem Entstehen der Schuld; s. Mackeldey Lehrb. des h. R. R. §. 308. u. 309. [Dernburg Pfandr. I. §. 34. S. 289 ff. nennt diese Ansicht ungenau und spricht sich in Uebereinstimmung mit Regelsberger Altersvorzug der Pfandrechte S. 111. und unter Bezugnahme auf l. 86. §. 2. D. de legat. I., l. 44. §. 1. und l. 69. D. eod. dahin aus: allerdings erhalte der Vermächtnißnehmer eine feste auf seine Erben übergehende Anwartschaft an das Legat bereits mit dem Augenblick des Todes des Erblassers; erworben werde ihm aber die vermachte Sache erst mit dem Augenblick des Erbschaftsantritts, mit welchem dies legati venit.]

Zu 2) Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Testirer auch an den Gütern seines Erben ein Unterpfand letztwillig constituiren könne; denn er kann ja auch Sachen des Erben einem Legatar zuwenden. Dasselbe kann aber seinen Anfang erst in dem Augenblicke nehmen, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat, s. Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 14. Die abweichende Meinung Glück's im P.-C. Thl. XVIII. S. 190., als könnte das Unterpfand erst dann anfangen, wenn es der Erbe dem Willen des Testirers gemäß bestellt habe, ist widerlegt in Roßhirt Lehre v. d. Vermächtnissen Thl. II S. 209., Hepp Diss. qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. Lips. 1825. pag. 117. [Der Ansicht von Glück (s. auch dessen Commentar Thl. XIX. S. 335) tritt auch Dernburg a. a. O. S. 288. bei, weil der Erblasser auch andre dingliche Rechte an Sachen des Erben nicht unmittelbar bestellen (ipso jure entstehen lassen) kann. Ebenso v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 373. Anm. 1. (in Verb. mit Bd. II. §. 531.) und Regelsberger Altersvorzug d. Pfandr. S. 109.]

Zu 3) Man kann unter einer res futura zweierlei verstehen: eine erst zu erzeugende oder eine erst zu erwerbende Sache. In Ansehung der ersteren gilt der Grundsatz: wenn die erzeugende Sache zur Zeit der Pfandbestellung in bonis debitoris ist, so beginnt auch von da an das Pfandrecht an der aus ihr erzeugt werdenden Sache, l. 11. §. 3. D. 20. 4.; indem vermöge des Begriffs der fructus pendentes und der quae nondum sunt, futura tamen sunt der Keim zu ihrer Entwickelung vorhanden seyn muß, so tritt, sobald sie existent werden, das Pfandrecht auch rückwärts mit voller Kraft ein. [Dernburg a. a. O. S. 439 ff. führt dagegen aus: Nach Röm. Auffassung sey die Frucht

ein neugeschaffenes Object, auf welches die juristische Stellung der Hauptsache keineswegs von selbst übergehe; dennoch habe sich im Röm. Recht die Präsumtion ausgebildet, daß die Parteien mit der Hauptsache auch die Früchte verpfänden wollten (l. 3. C. 8. 15.); im Allgemeinen aber sey für die (ausdrückliche oder stillschweigende) Verpfändung von Früchten die Lehre vom anticipirenden Pfandvertrag (s. oben §. 124. zu Nr. 3 a). B.) maaßgebend (S. 442.), und entscheidend für die Entstehung des Pfandrechts an den Früchten sey der Augenblick ihrer Trennung (S. 445). Dies nehmen auch Francke im civilist. Archiv XXX. S. 182 ff. und v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 370. Anm. (S. 823—828. der 7. Aufl.) an. — Janke Fruchtrecht des redl. Besitzers (1862) S. 187 ff. verficht dagegen die Lehre, daß die Verpfändung der fruchttragenden Sache keine stillschweigende Verpfändung der Früchte enthalte, und daß, wenn einmal die hängenden Früchte ausdrücklich (mit oder ohne die Hauptsache) verpfändet seyen, das Pfandrecht an ihnen sogleich anfinge, und auch begründet bliebe, wenn auch die Früchte von einem andren Eigenthümer separirt würden. Hierzu äußert v. Vangerow a. a. O.: „Eine besondere Widerlegung dieses neuen Versuchs, alte Irrthümer wieder aufzufrischen, scheint mir überflüssig.“ Die vom Verfasser für die alte Ansicht cit. l. 11. §. 3. enthält für dieselbe in der That keine Stütze.] — An einer erst zu erwerbenden Sache aber beginnt nach der herrschenden Lehre

zu a) das Pfandrecht erst mit dem Zeitpunkt der Erwerbung der Sache von Seite des Verpfänders;

zu b) bei einer allgemeinen Vermögensverpfändung geht die in Praxi — wie Hellfeld in Diss. de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis §. 25., Opusc. no. 10. pag. 231., Thibaut in Braun's Dictaten §. 661. und Schweppe im röm. Privatr. Bd. II. §. 364. ausdrücklich anerkennt — recipirte Meinung der zu a) entwickelten Ansicht entgegen dahin, daß hier auf den Zeitpunkt der Erwerbung der Sache nichts ankomme, sondern die Zeit der Pfandbestellung entscheide. Zwar wollen Einige diese Meinung nur für die gesetzlichen, nicht für die Conventionalhypotheken gelten lassen, s. Connanus Comm. jur. civ. Lib. IV. c. 17., Faber Conjecturae jur. civ. Lib. II. c. 10., und mehrere der neueren Rechtsgelehrten treten ihr durchaus, mithin selbst ohne diesen Unterschied, entgegen, indem sie annehmen, daß, wenn ein Schuldner mehreren Gläubigern nach einander eine Generalhypothek bestellt, der frühere dem späteren in Betreff nachher erst erworbener Sachen nicht vorgehe,

sondern Beide sich gleich stehen, s. Gesterding Pfandrecht S. 248., welchem Glück Thl. XVIII. S. 216. Thl. XIX. S. 232. gefolgt ist, Zimmern römisch-rechtliche Untersuchungen S. 298., Hepp im civilist. Archiv Bd. X. S. 295. und in Roßhirt's Zeitschr. Bd. I. S. 336. u. 352., Roßhirt das. Bd. I. S. 23., Sintenis Handb. des gem. Pfandrechts S. 386., Puchta Pand. §. 210. und Vorles. Bd. I. S. 453., Schilling Lehrb. d. Inst. Bd. II. §. 207. p., v. Keller Pand. §. 194 a. E., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 369. not. 1.; — jedoch wird sie nicht nur von vielen älteren, sondern auch neueren Autoritäten unterstützt, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 164. (128.), Fritz Erläuterungen zu Wening-Ingenheim Bd. II. S. 414., Unterholzner jurist. Abhandl. Bd. I. S. 60., Ramm D. de concursu hypothecae generalis prioris et posterioris in rebus post utramque adquisitis. Giess. 1791. §. 8., Mühlenbruch Lehrbuch der Pand. Bd. II. §. 306. not. 12., Bolley von öffentl. Unterpfändern §. 47., Baumbach im civilist. Archiv Bd. IV. no. 7., Hennemann Versuch über die bevorzugte Hypothek des fiscus in den nach dem Conscript erworbenen Gütern des Schuldners §. 7., Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht §. 103. S. 263., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 18., Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 178., Trotsche in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 98. Schmidt ebendas. N. F. XIII. S. 367., Arndts Pand. §. 384. Anm. 6., Brinz Pand. I. S. 299 ff., Dernburg Pfandr. I. S. 247., Windscheid Pand. I. §. 242. Anm. 10. Dieser vorbemerktermaßen in Praxi herrschende Meinung [s. Seuffert's Archiv XI. No. 19. Ansicht der O.-A.-G.'e zu Celle u. Rostock] kommen diejenigen Gesetze zu Statten, welche nicht nur die später erworbene Sache in der früheren allgemeinen Vermögensverpfändung begriffen erkennen, s. l. 34. D. 20. 1., sondern auch den Gläubiger, welchem, bevor der Schuldner eine Sache durch Tradition in Eigenthum erworben hatte, ein Pfandrecht daran bestellt wurde, demjenigen vorziehen, welchem der Erwerber erst nach der wirklichen Erwerbung dieselbe zum Unterpfand bestellte, l. 3. §. 1. D. 20. 4. Insofern die Verpfändung einer res futura mit der Verpfändung einer res aliena auf Eins hinausläuft, da ja die res futura zur Zeit der Verpfändung auch immer noch res aliena ist, können auch diejenigen Gesetzstellen dafür angeführt werden, welche dem früheren Pfandgläubiger den Vorzug vor dem späteren daran zugestehen, l. 9. §. 3. l. 14. D. 20. 4. Diese Meinung scheint zwar der Vorwurf einer Inconsequenz gegen die vorhin zu a) angenommene Entscheidung zu treffen. Es kommt

hier aber besonders in Betracht, daß durch eine neuere Verordnung Justinian's in l. 9. C. 8. 17. gegen das frühere Recht der Generalhypothek ihre Wirksamkeit indistinkt auf das künftige, wie auf das gegenwärtige Vermögen eingeräumt wurde, wenn auch jenes nicht ausdrücklich obligirt ist.

Man hatte sich auf diese Weise über das größte Bedenken: ob an Sachen, welche man erst zu erwerben hofft, schon eine Verpfändung möglich, ob nicht blos ein Versprechen künftiger Verpfändung zulässig sey, hinweggesetzt; um so leichter konnte man das weitere Bedenken beseitigen, ob nicht ebenso, wie bei Verpfändung einer einzelnen bestimmten Sache diese erst vom Zeitpunkt ihrer Erwerbung an von dem Pfandnexus afficirt werden kann, auch bei der Verpfändung alles gegenwärtigen und künftigen Vermögens, die Wirksamkeit an letzterem gleichfalls erst mit dem Moment der Erwerbung anfangen könne. Man fand nämlich, wie l. 1. u. 15. §. 1. D. 20. 1. bestimmt andeuten, einen wichtigen Unterschied zwischen dem Fall der Verpfändung einer einzelnen res futura, und der einer Totalität oder der hypotheca omnium bonorum. Wurde nämlich diese als eine universitas rerum nach l. 208. D. de V. S. (vergl. Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 374.) aufgefaßt, so konnte es nicht mehr auf den Zeitpunkt der Erwerbung ihrer einzelnen Bestandtheile ankommen. Der Begriff von der Untheilbarkeit des Pfandrechts kam dieser Ansicht zu Statten, und man mußte sie wenigstens utilitatis causa geltend machen. Ohne Zweifel lag der l. 1. pr. und l. 15. §. 1. D. 20. 1., obgleich den Römern unser heutiger Concursprozeß fremd war, doch ungefähr dasselbe Motiv zum Grunde, welches nach Hellfeld's Bemerkung die Gerichte veranlaßte, von dem Grundsatz, daß die Hypothek erst mit dem Moment der Erwerbung anfangen könne, sich bei einer Generalhypothek loszusagen. Er sagt nämlich in Opusc. no. 10. pag. 281.: in concursu creditorum judices haec principia raro sequi solent, quod sine dubio fit ad evitandam difficultatem et confusionem exinde oriundam, si tempora acquisitionum eruenda et separationes bonorum instituendae forent. Die Vorstellung von einem untheilbaren Vermögensganzen, ohne Rücksicht auf Zeitabschnitte, war aber auch im sensus communis tief gewurzelt. Wer sich für sein Darlehen hypotheca omnium bonorum geben ließ, nahm in den meisten Fällen nicht so viel Rücksicht auf das gegenwärtige Vermögen des Entnehmers, als auf seine Productivität und was er sonst zu hoffen hatte, und es war der Gesetzespolitik angemessen, einen solchen Credit zu unterstützen, ohne welchen nicht leicht ein Gewerbsanfänger hätte

auf die Beine kommen können. Auch läßt die stete Fluctuation eines Vermögens nicht die Sonderung und Ausschließung einzelner Theile zu. Wenn mein Schuldner mit den mir verpfändeten Mitteln an Geld, Pretiosen und dergl. in der Folge ein Haus kaufte, und darauf einem späteren Darleiher eine Specialhypothek constituirte, sollte ich da um meine frühere Sicherheit verkürzt werden? Nein! nur dann wird mir jener spätere Gläubiger vorgezogen, wenn er sein Geld unmittelbar zur Bezahlung des Kaufschillings hergegeben hat, und die Bestellung des Unterpfands mit der Erwerbung des Hauses genau coincidirt, ubi *statim* convenit, l. 7. C. 8. 18. — Gmelin Ordn. der Gläubiger S. 49.; denn außerdem behauptet das Alter der Hypothek seinen Vorzug. Hiernach läßt es sich auch am natürlichsten erklären, daß man dem fiscus nach l. 28. D. 49. 14. durch ein besonderes Privilegium den Vorrang in den vom Schuldner nach dem mit dem fiscus eingegangenen Contract erworbenen Gütern zu verschaffen nöthig fand. „Si, qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse: quod et constitutum est, praevenit enim causam pignoris fiscus." Glück Thl. XIX. S. 241. erklärt diese Gesetzstelle dahin: die Begünstigung des fiscus sey blos dahin gegangen, den andern Gläubiger, welcher auch auf die bona futura verhypothecirt war, von der gleichen Concurrenz auszuschließen; Ramm hingegen a. a. O. §. 9., der fiscus sey gegen den dem älteren Gläubiger auch in später erworbenen Gütern des Schuldners zugestandenen Vorzug hier begünstigt worden. Glück nennt diese Voraussetzung willkürlich; könnte aber Ramm diesen Vorwurf nicht retorquiren?

Wohl scheint l. 7. §. 1. D. 20. 4. sehr für die uns entgegengesetzte Meinung zu sprechen: „si tibi, quae habiturus sum, obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore." Es läßt sich aber nicht unwahrscheinlich annehmen, daß beide Verpfändungen gleichzeitig geschahen, an den Einen auf das künftige Vermögen überhaupt, an den Andern auf das praedium, welches der Entnehmer zu erwerben gedachte. Nun hat er es zwar allerdings mit seinen dem Generalhypothekanten bereits verpfändeten Geldmitteln erworben, dadurch konnte aber der gleichzeitig auf diese künftige Erwerbung radicirte Specialhypothekant nicht ausgeschlossen werden. Der im Gesetz beigefügte Entscheidungsgrund lautet nämlich dahin: non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit,

quippe cum res ex nummis pignoratis emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.

Dagegen drückt sich l. 21. pr. D. 20. 4. sehr entscheidend für die in Praxi gewöhnlich angenommene Meinung aus: Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, *item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit*, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda. — Glück Thl. XIX. S. 239. und mit ihm v. Vangerow a. a. O. §. 369. not. 1. glaubt das entscheidende Gewicht dieser Gesetzstelle durch folgende Erklärung beseitigt zu haben: Seja habe ein ausdrückliches Unterpfand in bonis futuris debitoris gehabt und durch ihre Verwahrung gegen die Rechtsnachtheile einer Novation auch behalten; fiscus habe aber in bonis futuris gar kein Unterpfand gehabt, denn die hypotheca omnium bonorum habe sich vor Justinian's Verordnung in l. 9. C. 8. 17. nicht auf bona futura erstreckt, mithin sey, in Beziehung auf diese, Seja in alleiniger Pfandberechtigung gestanden. Dennoch ist aber Glück's Entscheidung eine ganz andere, als die des Gesetzes, und Ramm a. a. O. entgegnet wohl nicht mit Unrecht: wenn Scaevola so hätte entscheiden wollen, so hätte er sich ganz anders, nämlich so wie Papinian in einem ähnlichen Fall (l. 2. D. 20. 4.) ausdrücken müssen: quod Seja in rebus postea adquisitis non tam potior quam solus creditor inveniatur; die Frage: quis praeferendus sit? setzt ja die Concurrenz zweier rechtlicher Ansprüche schon als feststehend voraus.

Zu 4) Bei bedingten Verbindlichkeiten tritt zwar nach l. 5. pr. D. 20. 1. die dafür ertheilte Verpfändung nicht eher in Wirklichkeit, als bis die Bedingung eingetreten ist; aber die allgemeine Regel der den Verträgen beigefügten Suspensivbedingungen,*) daß sie ad initium contractus zurückwirken, mithin das Geschäft so angesehen wird, als wäre es gleich anfänglich schon pure geschlossen worden, findet auch hier Anwendung und ebenso auch diejenige Ausnahme, welche in Ansehung solcher Potestativbedingungen stattfindet, bei welchen die

*) Von Resolutivbedingungen kann nämlich hier keine Rede seyn, weil von ihnen nicht die Entstehung eines Pfandrechts, sondern nur dessen Fortdauer abhängen kann.

Erfüllung von der Macht des Verpflichteten abhängt,*) oder quae invito debitore impleri non possit, l. 9. §. 1. D. 20. 4., welche wohl nur uneigentlich Potestativbedingungen heißen. Ist aber das Rechtsgeschäft an eine eigentliche Bedingung geknüpft, dann ist das demselben anhangende Pfandrecht auch nicht erst vom Eintritt der Bedingung abhängig, sondern gleich ursprünglich giltig, l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. D. 20. 4.**) Hat daher der Schuldner in der Zwischenzeit bis zur Erfüllung der Bedingung einem Andern pure ein Unterpfand bestellt, so erhält doch das für die bedingte Forderung bestellte Unterpfand den Vorzug. Dasselbe gilt von der Unterpfandsbestellung für eine betagte Forderung. Z. B. es miethet Jemand im März eine Badeanstalt für den nächsten Sommer, und verpfändet dem Vermiether eine Sache zu dessen Sicherheit für das künftige Miethgeld. Ehe aber die Badezeit eintritt, verpfändet er dieselbe Sache einem Andern für ein Darlehn. In diesem Falle könnte man etwa glauben, der Vermiether des Bades könne vor Jenem keinen Vorzug im Unterpfand behaupten, weil im März der Miether noch gar kein Miethgeld schuldig geworden ist; demungeachtet aber schützt ihn l. 9. pr. D. 20. 4. gegen den andern Gläubiger unter Beifügung des Grundes: quoniam tamen jam tunc in ea causa pignus esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset. So fängt auch für die Zinsen eines Darlehns das Unterpfand nicht erst dann an, wenn die Zinsen fällig werden, sondern vom Augenblicke, da das Geld, für welches Zinsen versprochen sind, dargeliehen worden ist, l. 18. D. 20. 4. — Eine Verbindlichkeit in diem hat, um perfect zu seyn, nicht erst den Eintritt des dies nöthig, mithin muß auch die

---

*) Umgekehrt, wenn die Erfüllung von der freien Gewalt des Berechtigten abhängt, oder ex honoratae personae voluntate, in welchem Sinne die Gesetze gewöhnlich von einer Potestativbedingung sprechen, s. l. un. §. 7. C. 6. 51. findet allerdings auch retroactive Wirkung statt; z. B. A. versprach dem B., wenn er nach Indien reisen würde, 1000 Thlr.; da tritt, wenn dieser die Reise wirklich macht, dieselbe Wirkung ein, als wenn A. ihm gleich Anfangs die 1000 Thlr. unbedingt versprochen hätte, und A. durfte in der Zwischenzeit sie auf keine Weise vereiteln, Gesterding Pfandrecht S. 9.

**) So wird auch bei dem für ein bedingtes Legat dem Vermächtnißnehmer vom Erben geleisteten Unterpfand dieses im Fall des Eintritts der Bedingung auf den Anfang der Bestellung zurückbezogen, l. 9. §. 2. D. 20. 4. Die den Legataren in den ererbten Gütern des Onerirten ertheilte stillschweigende Hypothek, l. 1. C. 6. 43., nimmt ohne Unterschied zwischen puren und bedingten Legaten ihren Anfang mit der Zeit der Erbschaftsantretung; vergl. Mayer Tübinger Zeitschr. Bd. II. S. 78., Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 150.

Verbindlichkeit des Unterpfandes als eine schon gegenwärtige Verbindlichkeit behandelt werden, wie mit Recht gegen Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 312. not. 6. von Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 172. angenommen wird, indem er dabei zugleich folgendermaßen unterscheidet: Ist der dies incertus an et quando, so ist er wie eine Bedingung zu behandeln; außerdem aber ist das gewöhnliche Recht des dies anzuwenden, d. h. das Pfandrecht gilt sogleich, und nur die Geltendmachung durch Pfandklage und Verkauf ist hinausgeschoben; vergl. Sintenis Civilr. Bd. I. §. 74. I. Aus demselben Grunde, aus welchem die Haftung des Unterpfandes beim Eintritte einer wahren und eigentlichen Bedingung auf den Anfang des Geschäfts zurückbezogen werden muß, nämlich, weil beide Theile bereits gegenseitig gebunden waren, muß umgekehrt in dem Falle, wo eine uneigentlich sogenannte Potestativbedingung beigefügt war, eine solche nämlich, deren Erfüllung oder Nichterfüllung von der Willkür des Verpflichteten abhängig geblieben ist, oder wo der künftige Gläubiger nicht genöthigt werden kann, durch eine Leistung von seiner Seite Gläubiger zu werden, das Gegentheil statuirt werden. — Nach denselben Grundsätzen muß auch die Verpfändung für eine schlechthin künftige Schuld beurtheilt werden. Zwar behauptet hier Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 1. §. 20., Leyser Spec. 223. Med. 7. und Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 153. mit Beziehung auf l. 5. D. 20. 1., da könne das Unterpfand niemals vor Entstehung der Schuld anfangen;*) man muß aber vielmehr nach Gesterding Pfandrecht S. 26., Glück Thl. XIX. S. 327., v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 372. not. 3. auch hier die verschiedenen Fälle unterscheiden; vergl. l. 1. pr. §. 1. D. 20. 4. — l. 11. pr. §. 1. eod. — l. 4. D. 20. 3.

---

*) Was für ein unpraktisches Resultat hieraus erfolgen würde, zeigt Heise u. Cropp in den jurist. Abhandlungen Bd. II. S. 419. mit Folgendem: A. leistet Bürgschaft für ein vom B. beim C. erst noch aufzunehmendes Darlehn, und läßt sich vom B. ein Pfand dafür bestellen. Behauptet man nun, das Pfandrecht des A. könne erst dann anfangen, wenn B. die Schuld an C. wirklich contrahirt haben wird, und es tritt der Fall ein, daß B. inzwischen die dem A. schon verpfändete Sache hinterher auch an D. für eine gegenwärtige Schuld verpfändet, und nachmals erst contrahirt er die Schuld an B., welche A. verkürzt hat, so wäre A., wenn er sich an das ihm vom B. vorsorglich constituirte Unterpfand halten wollte, durch die Dazwischenkunft des D. an seinem Unterpfand offenbar verkürzt, wenn sein Pfandrecht nicht auf den Moment der Pfandbestellung, sondern erst auf die Zeit des vom B. bei C. wirklich contrahirten Darlehns datirt würde.

a) wenn der künftige Gläubiger **gebunden** ist, durch eine Leistung von seiner Seite Gläubiger zu werden, so fängt das Pfandrecht stets von dem Augenblicke der Bestellung des Pfandes, und nicht erst von dem der geschehenen Leistung an.

b) ebenso, wenn der künftige Gläubiger nicht gebunden ist, wohl aber der künftige Schuldner.

c) wenn aber weder Gläubiger noch Schuldner gebunden sind, so fängt das Pfandrecht allerdings erst mit dem Moment an, wo das Schuldverhältniß wirklich zur Existenz gekommen ist, s. v. **Vangerow** a. a. O.

[**Dernburg** hat a. a. O. S. 518 ff. die ganze nach den Quellen verwickelte Frage einer neuen Prüfung unterzogen und gelangt zu einer Lehre, welche von der gemeinen Meinung, daß ein Pfandrecht nicht vor dem Entstehen der zu sichernden Forderung bestehen könne, abweicht. Er sagt, es sei möglich, für eine künftige Schuld im Voraus ein Pfandrecht zu begründen; doch liege dies keineswegs immer in der Intention des Verpfänders, vielmehr gelte sogar die Präsumtion, daß, wenn der Schuldner noch nicht wirklich gebunden sei, seine Absicht die sei, das Pfandrecht erst in Zukunft ins Leben zu rufen, wenn die in Aussicht genommene Obligation entstehen sollte; diese Präsumtion cessire, wenn ein fester obligatorischer Nexus bereits existire (S. 519. 527.). Dieser Ansicht schließt sich **Windscheid** unter Aufgebung seiner früher im civilist. Archiv XXXV. No. 3. geäußerten Ansicht, jetzt im Wesentlichen an, mit den Worten: „Es datirt das für eine zukünftige Forderung bestellte Pfandrecht erst von der Zeit, wo die Forderung wirklich existent geworden ist, wenn nicht ausnahmsweise die Absicht der Parteien dahinging, daß eine sofortige Pfandgebundenheit eintreten solle. Dieses Letztere ist namentlich dann anzunehmen, wenn der künftige Gläubiger genöthigt werden konnte, sich durch eine Aufopferung von seiner Seite zum Gläubiger zu machen, z. B. Jemand verpflichtete sich, einem Andern ein Darlehn oder Darlehne bis zu einer gewissen Summe zu geben (Creditvertrag)." (Pand. I. §. 242. S. 639. Vergl. auch **Arndts** Pand. §. 384. Anm. 5. u. **Regelsberger** Altersvorzug d. Pfandr. §. 13. 14. Anders **Fitting** krit. Viertelj.-Schr. I. S. 84. u. v. **Scheurl** ebendas. II. S. 503. — In Betreff der s. g. Kredithypothek entscheidet sich **Dernburg** a. a. O. S. 537., abweichend von **Regelsberger** a. a. O. S. 33. dahin, daß dieselbe eine sofortige von der Bestellung an geltende Pfandberechtigung gewährt und sich im Falle der Prolongation des Kreditverhältnisses

auch auf den späteren Saldo erstreckt — also nach Analogie der tacita relocatio zu behandeln ist; nur wenn die Hypothek von einem Dritten intercessionsweise bestellt ist, soll die Präsumtion dafür seyn, daß die Hypothek auf die erstmalig festgesetzte Periode beschränkt bleibt. Vergl. dazu Windscheid im civilist. Archiv XXXV. S. 61 ff., Endemann i. d. Zeitschr. f. Handelsr. IV. S. 210 ff. u. Seuffert's Archiv XIII. No. 113. 238.].

Es war zuvor von der Verpfändung für eine bedingte Verbindlichkeit die Rede; ganz analog muß aber auch entschieden werden, wenn die Verpfändung selbst unter einer Bedingung oder in diem geschehen oder ein künftiges Unterpfand versichert worden ist. Si in diem (nämlich, daß sie von einem unbestimmten Tage anheben soll) de hypotheca convenit, dubium non est, quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de ea re convenit, l. 12. §. 2. D. 20. 4. Auch bei dem für eine gegenwärtige Schuld bedingt versicherten Unterpfand wird die eingetretene Bedingung auf den Anfang zurückbezogen, so daß also, während sie schwebt, derselben nicht entgegengehandelt werden darf. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecaria (sc. actione), verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio judicis cautiones interponendae sunt, si conditio exstiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura est, l. 13. §. 5. D. 20. 1.; Westphal Pfandr. §. 269. not. 299.

Wird ein künftiges Unterpfand versprochen, so kann der Gegenstand nicht eher dem Pfandnexus unterworfen seyn, als bis das factum eintritt, an welches die Pfandversicherung geknüpft ist. Einen solchen Fall enthält l. 11. §. 2. D. 20. 4. Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata pignori essent, et, antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit: quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est.

Da die Pfandverbindlichkeit sich regelmäßig nach der Hauptverbindlichkeit richtet, so wird z. B., wenn das auf den Gütern einer Frau bestellte Unterpfand erst durch ihre nach 2 Jahren wiederholte Einwilligung giltig wird, auch das Pfandrecht erst von der Zeit der wiederholten Einwilligung, und nicht von der Zeit der ersten Bestellung anfangen, arg. l. 11. D. 20. 4. — l. 22. C. ad Sct. Vellej. (4. 29.), Gmelin a. a. O. S. 220.

Zu 4 a) Der contractus mutui wird als ein Realcontract erst durch die Numeration perfect, und so beginnt auch das Pfandrecht erst a die acceptae pecuniae; daher, wenn in der Zwischenzeit, zwischen der öfters im Voraus schon ertheilten Urkunde und der Auszahlung, der Schuldner anderswo auch Geld entnimmt und sogleich empfängt, das hierfür ertheilte Pfandrecht jenem vorgeht. Zwar behauptet Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. Obs. 168. das Gegentheil, weil bei uns schon das pactum de mutuo dando klagbar sey; allein bei einem Rechtsgeschäft, dessen Zustandebringung immer noch von dem Willen des Schuldners abhängt, welcher ja das Darlehn noch ausschlagen kann, ist jener Grund hinfällig, weil das Pfandrecht immer eine perfect gewordene Verbindlichkeit als conditio sine qua non voraussetzt. Die Gesetze haben sich auch darüber bestimmt der Natur eines Realcontracts gemäß ausgesprochen, l. 9. §. 1. D. 20. 4. — l. 4. D. 20. 3. — l. 1. §. 1. l. 11. pr. D. 20. 4. Diese auf unstreitiger Consequenz beruhenden Grundsätze des R. R. werden aber auf das demselben völlig unbekannte neuere Institut der öffentlichen Hypothekenbücher nicht für anwendbar erachtet, vielmehr wird eine für ein vereinbartes künftiges Darlehn bestellte Hypothek vom Tag der Eintragung geltend erkannt, s. Erk. d. O.=A.=G. in Oldenburg in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 449. Aus dem Bisherigen geht

Zu 4 b) zur Genüge hervor, daß das Pfandrecht an dem Vermögen eines Verwalters fremder Güter nicht erst von Zeit des entstandenen Verwaltungsrestes, sondern von Zeit der übernommenen Verwaltung anfängt, gleichwie das Pfandrecht der Minderjährigen an dem Vermögen ihrer Eltern und Curatoren; arg. l. 8. §. 6. §. ult. C. 6. 61. — Gmelin a. a. O. S. 219., Bolley von öffentl. Unterpfändern S. 246.

Zu 5) Man hat in Frankreich 100 Jahre früher als in Deutschland eingesehen,*) daß die Gesetzgebung ganz unpraktisch verfährt, wenn sie, anstatt nur Privilegien an beweglichem Vermögen zu constituiren, Hypothekenrecht und Pfandrechte (außer dem eigentlichen Faustpfand) auf sie überträgt. Wo nun aber noch gemeines Recht gilt, müssen freilich der hypotheca mobilium dieselben rechtlichen Wirkungen zugeschrieben werden, welche vom Rechtsbegriff des Unterpfandes unzertrennlich sind. Nur wenige Ausnahmen finden sich in den römischen Gesetzen von dem Grundsatz, daß eine Generalhypothek

---

*) S. Hellfeld D. de hypotheca mobilium pag. 33. §. 2. et aut. cit.

alle bewegliche wie unbewegliche Vermögensgegenstände umfasse, indem man nämlich ex voluntate praesumta abstrahirte, es lasse sich in die generelle Vermögensverpfändung nicht hinein denken, daß der Gelehrte seine Bücher, der Soldat seine Waffen, der Handwerksmann sein Handwerkszeug, endlich irgend Jemand sein Bett und seine tägliche Kleidung, oder auch solche Gegenstände, zu denen eine singuläre vernünftige Affection von Seite des Schuldners anzunehmen ist, habe einbegreifen wollen, oder das Gesetz solche Sachen subintelligirt habe. Die l. 1. C. 8. 17. u. l. 6. D. 20. 1. gibt hier dem vernünftigen Ermessen des Richters ziemlich freien Spielraum. Besonders wurden — aus politischen Gründen — Vieh und Ackergeräthschaften des Landmanns in Schutz genommen; l. 7. u. 8. C. 8. 17. — Nov. 32. u. 34. — Kress D. de privilegiis agriculturae Sect. II. §. 19. — Die größten Inconvenienzen entstehen bekanntlich durch die Anwendung der Regel: res non aliter transit quam cum onere suo auf die in einer allgemeinen Vermögensverpfändung mitbegriffenen Mobilien und Forderungen. v. Bülow hat in der Abhandlung über einzelne Materien des bürgerl. Rechts Bd. I. S. 1. allen Scharfsinn aufgewendet, um der Generalhypothek überhaupt eine solche, alle Dispositionsfähigkeit lähmende Wirkung abzusprechen, und wurde mühsam widerlegt in Kapff's merkw. Rechtssprüchen Bd. I. S. 428., s. auch v. Langenn u. Kori Erörter. Bd. I. S. 84., Seuffert Erörter. Abthl. 7. S. 89. Andere bestritten wenigstens die Anwendbarkeit der Regel auf einzelne vom Vermögensganzen hinweggekommene bewegliche Stücke, s. Hommel Rhaps. Vol. II. Obs. 327. Bemerkt zu werden verdient, was Hagemann in den prakt. Erörter. Bd. VI. S. 388. hierüber sagt: Die Generalhypothek umfaßt wohl alles bewegliche Vermögen des Schuldners, folglich Activen, Geld 2c.; aber gegen einen Dritten kann der Grundsatz, daß die Veräußerung nur salvo jure pignoris geschehe, bei beweglichen Sachen nicht angewendet werden, da es des Generalhypothekanten eigene Schuld ist, daß er dem Schuldner freie Disposition ließ. — Indessen ist die herrschende Lehre für die Allgemeinheit der Regel. Hellfeld D. de hypotheca mobilium §. 19. erzählt einen Fall, wo dem dritten Cessionar eines Schuldbriefs die Abtretung desselben an einen älteren Hypothekgläubiger aufgegeben wurde.

Zu 5a) In Beziehung auf ein Waarenlager und eine Heerde haben die Gesetze diesen Grundsatz bestimmt ausgesprochen, l. 13. pr. l. 34. pr. D. 20. 1. — Zimmern in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 49. Wenn Einige das, was sie von der taberna sagen, nur vom Detail-

handel gelten lassen wollen, wie Leyser Spec. 224. Med. 6. und v. Günderode in dessen Werken aus dem deutsch. Staats- und Privatr. Bd. II. S. 197., so hatte Glück gewiß Recht, diese Meinung im P.-C. Thl. XVIII. S. 228. zu verwerfen, da sie weder rationell noch praktisch ist. — Zweifelhafter ist die Frage, ob, wie Einige dafür halten, der bemerkte Grundsatz nur auf die in obigen Gesetzen bezeichneten Fälle anzuwenden sey, s. Gesterding Pfandrecht S. 66. u. 126., Thibaut System §. 638. und die dort angeführten älteren Schriftsteller, oder ob er auch auf andere universitates rerum, z. B. ein Gutsinventar, eine Bibliothek rc., Anwendung finde.

Fragt es sich davon: ob die hinzugekommenen Stücke von der Hypothek ergriffen werden, so findet sich in der Wahl des Collectiv-Namens die Absicht der Parteien ausgesprochen, daß nicht blos die gerade jetzt zu der universitas gehörigen Dinge, sondern auch diejenigen als verpfändet betrachtet werden sollen, welche nachher in dieselbe eintreten, Leyser Spec. 223. Med. 6., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1168., Glück Thl. XVIII. S. 230. Fragt es sich aber um den Austritt der hinweggekommenen Stücke aus dem Hypothekenverband, dann dürfe man, was von der grex und taberna gilt, nicht so weit ausdehnen, daß der Grundsatz: res oppignorata non aliter transit, quam cum onere suo verletzt würde, s. Glück a. a. O., vielmehr muß als Regel geleugnet werden, daß die aus der universitas heraustretenden Sachen auch aus dem Pfandrecht heraustreten. Nur dann, wenn die Absicht der Parteien bestimmt darauf gerichtet ist, als Gegenstand des Pfandrechts die universitas als eine Einheit anzunehmen, darf mit dem Austritt aus derselben auch Aufhebung des Pfandnexus angenommen werden, v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 369. Anm. 3. Daß die Bibliothek eines Literaten, die Gemäldesammlung eines Kunstfreundes nicht als eine universitas zu behandeln sey, ist einleuchtend, s. Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XI. S. 183.

[Dernburg Pfandr. I. S. 458—461. unterscheidet so: a) gewisse Sachgesammtheiten, z. B. Waarenlager, Büchervorrath des Buchhändlers, Magazin des Gemäldehändlers, seyen dazu bestimmt, durch Verkauf ihrer einzelnen Bestandtheile ein Erträgniß zu gewähren; da sey die vermuthliche Meinung der Pfandcontrahenten, daß das Austretende entlastet, das neu Angeschaffte belastet werde; würde der Kaufmann den Abgang nicht durch Neues ersetzen, so hätte der Pfandgläubiger die actio pigneraticia contraria wegen Deterioration und beziehentlich eine actio hypothecaria zur Beschlagnahme des Pfandes vor

Fälligwerdung der Schuld; b) Sachgesammtheiten, welche, wie eine Heerde, ohne beständige Erneuerung untergehen würden, aber nicht behufs Weiterveräußerung angeschafft werden; da gelten die zur Ergänzung eintretenden Stücke als mit verpfändet und die veräußerten bleiben belastet; c) Gesammtheiten, welche, wie eine Bibliothek, Gemäldegallerie, Mobiliar, Schmuck eines Privaten, weder zur Veräußerung bestimmt sind, noch in kurzer Zeit aufgebraucht werden; da dauert das Pfandrecht an den veräußerten Sachen fort, und ergreift nicht die neu eintretenden, da eine solche Vermehrung gar nicht in Aussicht genommen war. Dieser Aufstellung pflichtet Windscheid Lehrb. I. §. 226 a. bei. Unter b. würde wohl der in Seuffert's Archiv XV. No. 187. vorkommende Fall gehören, da ein Theaterinventar (Decorationen, Garderobe, Geräthe, Waffen, Partituren u. s. w.) verpfändet ist. Uebrigens unterscheidet dort das Lübecker O.-A.-G. nicht (wie Dernburg es wohl mit Recht verlangt) zwischen Lager und Utensilien einer Weinwirthschaft.]

Zu 6) Wer sein gesammtes Vermögen, bewegliches und unbewegliches, verpfändet, muß wohl in der Gesammtheit auch seine außenstehenden Forderungen als inbegriffen gelten lassen, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 44. S. 265., indem anzunehmen ist, daß in der beigefügten Exemplification der Ausdruck „bewegliches Vermögen" im uneigentlichen Sinne gebraucht sey, in welchem es auch ausstehende Gelder in sich begreift, l. 21. D. de V. S. und nach Analogie der l. 9. D. 33. 10. legata suppellectili, cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur, *generali legato non derogatur*. Wer aber lediglich sein bewegliches und unbewegliches Vermögen verpfändet, von dem kann zufolge des eingeschränkten Begriffs beweglicher und unbeweglicher Sachen nicht wohl behauptet werden, daß er auch seine unkörperlichen Rechte mit verpfändet habe, Schmidt hinterlassene Abhandl. verschiedener prakt. Rechtsmaterien Bd. II. no. 49. S. 153., Glück Thl. XVIII. S. 219., Gesterding Pfandrecht §. 11. S. 87. A. M. ist Thibaut System §. 784. (Ed. 8.), welcher annimmt, daß in der Verpfändungsformel „meine Mobilien und Immobilien" alle und jede Vermögensgegenstände verstanden werden müßten. [Mit Thibaut stimmt überein Dernburg Pfandr. I. S. 505. mit dem Bemerken, daß der moderne Sprachgebrauch Forderungen zum beweglichen Vermögen zähle, und daß dieser bei der Auslegung von Klauseln des modernen Rechtslebens allein in Betracht komme. Ebenso schon Erxleben Principia de jure pignor. (Gott. 1779.) §. 144.

Dieselbe Frage kehrt rücksichtlich des Autorrechts wieder. Mit Recht unterscheidet Dernburg a. a. O., ob das fragliche Werk bereits veröffentlicht sei oder nicht; ersterenfalls ist das Autorrecht mit in der Generalhypothek begriffen, während andernfalls Alles davon abhängt, ob der Autor Willens ist zu veröffentlichen und wirklich dazu schreitet, denn ein Recht, ihn dazu zu nöthigen, kann dem Pfandgläubiger nicht zustehen.]

Zu 7) Der Verpfändungsconsens macht die Grundlage des Pfandrechts aus, daher ebensowohl hier auch die vitia consensus, e. g. error etc. in Betracht kommen, wie z. B. l. 1. §. 1. D. 13. 7. lehrt, in dem Fall, wo Gold versprochen, aber Erz gegeben wurde, schade dies dem Pfandgläubiger nicht; aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint. Ebenso muß auch jede Art, wie der Consens wirksam erklärt werden kann, bei einer Verpfändung gelten, also durch concludente Handlungen, wie durch Worte, und durch letztere auch dann, wenn nicht gerade das Wort „Unterpfand" ausgedrückt, aber doch der Sinn deutlich darin enthalten ist; cum sit justum voluntates magis contrahentium quam verborum conceptionem inspicere, l. 9. C. 8. 17., unbeschadet indessen des solchenfalls dem Schuldner obliegenden Beweises einer andern dem Ausdruck zum Grunde gelegenen Absicht. Ist freilich mit der Handlung leicht ein anderer Zweck zu verbinden, dann muß der angebliche Pfandberechtigte den Beweis der von ihm behaupteten Absicht führen; Weber Beiträge Abhandl. III. §. 8. S. 116. So ist allerdings ein Unterschied zu machen, ob der Schuldner blos verspricht, dem Gläubiger den Besitz einer Sache, falls die Zahlung nicht erfolgen würde, einzuräumen, oder ob er diesem Versprechen ausdrücklich beifügt, daß er es zur Sicherheit desselben thun wolle. Im ersten Falle wird ihm nach Leyser Sp. 223. Med. 3. kein Pfandrecht, sondern nur Retentionsrecht, im zweiten Falle aber unbedenklich ein Pfandrecht zugeschrieben; Meißner stillschw. Pfandrecht S. 16., Glück Thl. XVIII. S. 306., Gesterding Pfandrecht §. 13. no. 8. Z. B. wenn es in einer Ehestiftung heißt: „behält Fräulein Braut nach erfolgtem Todesfall des Herrn Bräutigams so lange den Besitz der Güter, bis sie wegen ihres eingebrachten Brautschatzes rc. völlige Sicherheit und Genugthuung erlangt hat," so bewirken diese verba aequipollentia ein vollgiltiges Pfandrecht; Erxleben D. de pignor. et hyp. §. 46., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 44. Wenn der Schuldner seinem Gläubiger zu seiner Sicherheit Urkunden, z. B. Kaufbriefe, Obligationen, übergibt, so wird dies als eine Verpfändung der darin enthaltenen Rechte an=

gesehen. Cum constet, pignus consensu contrahi, non dubitamus, eum, qui emtiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse, l. 2. . 8. 17. Die zur Sicherheit eingelegten Schuldscheine vertreten die Stelle eines Faustpfandes, l. 7. C. 4. 39. — l. 4. C. 8. 17. — Boehmer Cons. et Dec. T. III. p. 2. D. 14. no. 8., und berechtigen den Pfandgläubiger, daraus seine Befriedigung ungehindert anderer nicht älterer Hypothekargläubiger zu schöpfen; Mevii Dec. P. II. D. 287. P. V. D. 344. — l. 13. l. 35. §. 1. D. 13. 7. — l. 10. l. 15. §. 2. D. 20. 1. — Gesterding a. a. O. S. 92. Macht sich der Schuldner blos verbindlich, eine Sache vor Bezahlung der Schuld nicht zu veräußern, so ist die von Hert Diss. de pign. conv. tacito §. 10. darauf gegründete Präsumtion einer Pfandversicherung wohl zu schwankend, s. Meißner vom stillschweig. Pfandr. §. 11. S. 17. Eben dies dürfte von dem Falle gelten, wenn der Schuldner dem Gläubiger blos verspricht, ihm aus gewissen Gütern die Zahlung zu leisten, was gleichwohl von Mehreren als eine stillschweigende Verpfändung angenommen wird; Gesterding Pfandr. S. 92., Mevii Dec. P. VII. Dec. 49. Wohl aber kann es ohne Zweifel als stillschweigende Verpfändung gelten, wenn der Schuldner wegen einer noch nicht fälligen Schuld dem Gläubiger das Recht einräumt, die Sache zu veräußern und sich aus dem Erlös bezahlt zu machen; denn dies ist ja eben der Inhalt des Pfandrechts, l. 3. §. 2. D. 20. 4. — Hert l. c., Meißner a. a. O. S. 18., Gesterding a. a. O. S. 92.

Nach der in Weber's Versuchen a. a. O. und auch von Anderen, z. B. Dabelow vom Concurs S. 196., Malblanc ad Dig. P. II. §. 572., Günther Princ. jur. Rom. T. II. §. 670. und Gesterding Pfandrecht §. 13. angenommenen, jedoch von Anderen, z. B. Glück Thl. XVIII. S. 306. not. 36. bestrittenen Auslegung der l. 5. C. 4. 65. wäre ein stillschweigender Verpfändungsvertrag zwischen Verpachter und Pachter bezüglich der künftigen illata und invecta schon aus der Uebereinkunft Beider, daß der Pachter gewisse Sachen auf das Gut zu inferiren habe, anzunehmen. — Erklärt der Verkäufer eines Hauses, er wolle sein Geld darauf stehen lassen, so folgt daraus ein vorbehaltenes Pfandrecht, Gesterding a. a. O. S. 92., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I Obs. 212. Bei einer relocatio tacita werden die ursprünglich ertheilten Pfänder als fortdauernd angenommen, l. 13. §. fin. D. loc. cond. (19. 2.)

Zu 8) Die l. 8. D. 20. 2. sagt hierüber: cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum

legitimum usuras retinere. Wie vielen Rechtsgelehrten diese Stelle so anstößig gewesen ist, daß Manche sogar zu einer Emendation des Textes ihre Zuflucht nehmen zu müssen glaubten, ist in Glück's P.-C. Thl. XIV. S. 50. zu sehen, wo der Verf. selbst in der Supposition, es seyen hier Verzugszinsen gemeint, einen verzweifelten Ausweg sucht. Allein Cujacius und viele andere Rechtsgelehrte haben darin nicht den mindesten Anstoß gefunden. „Berücksichtigt man" — sagt v. Vangerow in den Pand. Bd. I. §. 384. not. 2. — „die unleugbare Ansicht des R. R., daß es eine Art von natürlicher Verbindlichkeit*) sey, Zinsen für ein dargeliehenes Capital zu zahlen, eine Ansicht, welche sich besonders in der Vorschrift ausspricht, daß, wer irrthümlich usuras indebitas zahlte, die condict. indeb. nicht anstellen könne, l. 26. pr. D. 12. 6., so kann man in der l. 8. D. 20. 2. keine eigentliche Singularität finden." Es ist daher auch die herrschende Lehre, daß, wer Geld, ohne sich ausdrücklich Zinsen zu bedingen, auf eine fruchttragende Sache leiht, die Früchte statt der Zinsen empfängt, was man dann, obwohl uneigentlich (s. Glück Thl. XIV. S. 116.) antichresis tacita nennt; tacite id agere videtur, ut fructus percipiam et usurarum vice retineam, quod fiet tamen intra modum quasi tacito consensu, Cujac. Obs. Lib. 8. c. 17., Cocceji jus controv. Lib. 13. tit. 7. qu. 4., Westphal Pfandr. §. 67., Mackeldey Lehrbuch §. 315., Schilling Lehrb. f. Institt. §. 215., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. II. §. 350. (356.), Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 321. Entgegen ist gleichwohl neuerlich Stephan im civil. Archiv Bd. XXX. S. 355. ꝛc., indem er auszuführen sucht, daß nicht schon durch die bloße Hingabe einer fruchttragenden Sache zum Pfande eine antichresis tacita begründet werde, wenn nicht die Absicht aus anderen concludenten Umständen erweislich sey.

Zu 9) Die Meinungen der Rechtslehrer gehen theils dahin, daß sich das Pfandrecht durchaus nicht weiter als auf die Hauptschuld beziehen lasse, wenn nicht ausdrücklich ausgemacht ist, daß es sich auch auf die Accessorien erstrecken solle, Erxleben Princ. de jure pign. §. 13., Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 4. §. 27., Malblanc Princ. jur. Rom. §. 566. no. 3., theils dahin, daß es allerdings auch

*) S. auch Thibaut System §. 799. und Braun's Dictaten zu Thibaut §. 653.: „die Römer halten es für unwürdig (turpe), dem Pfandgläubiger wegen genossener Früchte eine Rechnung zu machen, wenn das Geld ohne Zinsen genossen worden ist und die Früchte nicht mehr als das gewöhnliche Maaß der gesetzmäßigen Zinsen betragen."

auf die Accessorien erstreckt werden müsse, wenn diese nicht ausdrücklich vom Pfandrecht ausgenommen sind; Bachov. de pign. Lib. III. c. 5. no. 5., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 13., Westphal Pfandr. §. 10. Eine dritte und zwar in l. 18. D. 20. 4. — l. 13. D. 20. 1. — l. 8. §. 5. l. 11. §. 3. D. 13. 7. — l. 4. C. 4. 32. begründete, sowie dem präsumtiven Willen der Contrahenten am meisten entsprechende Meinung geht dahin: wenn das Pfandrecht simpliciter für die Forderung ertheilt ist, verb. „ich bekenne, von A. 1000 Thlr. erhalten zu haben, verspreche, sie jährlich mit 5 Proc. zu verzinsen und verpfände meinem Gläubiger zu seiner Sicherheit mein gesammtes Vermögen," so hafte das Unterpfand auch für alle Accessorien; wenn es aber heißt: „ich bekenne, von A. 1000 Thlr. geliehen erhalten zu haben, verspreche, sie mit 5 Proc. zu verzinsen, und setze zur Sicherheit für das Capital mein gesammtes Vermögen zum Unterpfand," dann kann die Verpfändung nicht über den wörtlichen Inhalt, also nicht auf Zinsen u. dergl. ausgedehnt werden, weil immer für die mindeste Belästigung zu interpretiren ist; Gesterding a. a. O. S. 36. Im ersten Fall hingegen erstreckt sich das Pfandrecht nicht nur auf bedungene, sondern auch auf Verzugszinsen, Conventionalstrafen und Kosten, sowie unstreitig auch auf nothwendige Verwendungen.*) [Vergl. Dernburg a. a. O. S. 552., welcher hinzubemerkt, daß die moderne Jurisprudenz mit Recht die Kosten des Pfandverkaufs und die Proceßkosten den Verwendungen gleichstelle: Leyser Medit. Spec. 224. No. 6. und Sintenis Pfandr. S. 443., Windscheid Lehrb. I. §. 226. Anm. 4.]. Hierbei wird aber, was Conventionalpfänder betrifft, von welchen bis jetzt allein gesprochen wurde, vorausgesetzt, daß die Zinsen schon im ursprünglichen Schuld- und Unterpfandsvertrag bedungen waren; denn sind sie erst das Product einer

*) Sintenis Civilr. Bd. I. §. 75. I., Gesterding im Pfandrecht S. 43. und in der Ausbeute von Nachforschungen Thl. IV. Abthl. 1. S. 6., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 330., Thibaut System §. 794., Voet Comm. Lib. 13. tit. 7. §. 10., Leyser Spec. 167. Med. 1. und Dernburg a. a. O. S. 551. begreifen auch die nützlichen Verwendungen, wenn sie mäßig sind, im Pfandrecht des Gläubigers und haben allerdings die l. 25. D. 13. 7. und die indistincte Fassung der l. 8. §. 5. D. 13. 7. für sich: sed ob cetera quoque, veluti usuras, et quae in id impensa sunt, versteht sich nach richterlicher Arbitrirung, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur. Andere Rechtsgelehrte halten hingegen der nützlichen Verwendungen wegen nur eine persönliche Klage und das Retentionsrecht für zulässig, s. Weber Versuche über das Civilr. S. 186., welchem Glück Thl. XIV. S. 66. u. v. Hartitzsch Entscheidungen no. 306. folgen, indem sie eine so weite Ausdehnung des stillschweigenden Consenses nicht für zulässig halten.

späteren Uebereinkunft, so muß dafür eine ausdrückliche Verpfändung errichtet werden, welche dann auch erst von dieser Zeit an gilt; Gesterding a. a. O. S. 42. So verordnet auch l. 4. C. 4. 32., wenn im ursprünglichen Schuld- und Pfandvertrag geringere Zinsen bedungen waren, und diese später erhöhet wurden, so könne das Pfandrecht nicht auf diesen Mehrbetrag ausgedehnt werden. Nur ein Retentionsrecht kann dem Pfandgläubiger in solchen Fällen zustehen, weil es ihm ja für jede andere Forderung auch in den Gesetzen gegeben ist. Zwar sind einige Rechtslehrer der Meinung, die l. 11. §. 3. D. 13. 7., sowie l. 4. u. l. 22. C. 4. 32. verbiete die Retention für Zinsen, wenn nicht auch für sie das Unterpfand bestellt ist, Cujac. Obs. Lib. 5. c. 28.; allein diesem wird entgegnet, daß die l. un. C. 8. 27., welche die Retention des Pfandes für jede andere Forderung desselben Pfandgläubigers gestattet, als das spätere Gesetz der l. 4. C. 4. 32. (welche übrigens nach Weber's Versuchen S. 156. und Glück Thl. XV. S. 132. not. 73. und Thl. XVIII. S. 176. not. 10 — 12. auch eine andere Auslegung zuläßt), sowie der l. 11. §. 3. D. 13. 7. derogire, die l. 22. C. 4. 32. aber blos dieses entscheide, daß wegen Zinsen die Zurückgabe des Pfandes nicht verweigert werden könne, wenn nur eine Conventionalstrafe, aber keine Verzinsung bedungen war, s. Schenk Retentionsrecht §. 70., Gesterding Pfandrecht S. 49., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 316. not. c., Weber a. a. O., Sintenis Pfandrecht §. 48., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 382.

Die eben aufgestellten Grundsätze über Erstreckung des Pfandrechts auf die Accessorien der Hauptschuld finden auch auf das gesetzliche und testamentarische Unterpfand Anwendung.

Hinsichtlich des Umfangs des Pfandrechts kommt auch noch der Collisionsfall in Betrachtung, wenn eine Sache Mehreren gleichzeitig als Pfand bestellt worden ist, ohne daß dabei etwas besonderes verabredet wurde; Sintenis im Pfandrecht S. 445. und im prakt. Civilr. Bd. I. §. 75. II. unterscheidet hier:

a) ist die Sache Mehreren schlechthin, d. i. ohne nähere Bestimmung, wie sie haften soll, verpfändet, so haftet das Pfand Jedem nach Verhältniß der Größe seiner Forderung;

b) ist sie Mehreren in solidum d. i. in ihrem ganzen Umfang verpfändet, so hat Keiner ein besseres Recht, als der Andere, sondern zwischen ihnen selbst entscheidet der Besitz über die Ausübung der pfandschaftlichen Befugnisse. Zur Auflösung des Verhältnisses zwischen ihnen steht aber den Gläubigern

die Theilungsklage zu, welche je nach dem Ausfall der Adjudication dem Nichtbesitzenden den Besitz des ganzen Pfandes gegen Auszahlung der Forderung des Andern, welche dann sammt dem Pfandrecht auf ihn übergeht, oder die Zahlung seiner eigenen Forderung verschafft.

Zu 10) Voraus muß bemerkt werden, daß das Zinsenverbot des canonischen Rechts nicht überhaupt den antichretischen Pfandvertrag ungiltig machen kann; s. Boehmer J. E. P. Vol. V. Lib. 5. tit. 19. §. 28., mithin nur die Beschränkung besteht, daß darunter kein Zinsenwucher versteckt seyn dürfe. In der Anwendung dieses Grundsatzes kommt man von selbst zu der Ueberzeugung, daß in den Fällen, wo dem Gläubiger bestimmte sich alljährlich gleich bleibende oder nach einem Durchschnitt zu berechnende Früchte*) statt der Zinsen angewiesen sind, Rechnung und Gegenrechnung wegen der Früchte und resp. Zinsen unerläßlich ist, indem diese bestimmten Quantitäten vom gesetzlichen Zinsenmaß regiert werden. Auf gleiche Weise verhält es sich, wenn dem Gläubiger usus aedium statt der Zinsen überlassen wurde, und derselbe das Haus vermiethet, indem auch hier eine bestimmte Rente vorliegt. Nicht eben dasselbe gilt aber, wenn der Gläubiger das Haus zur eigenen Bewohnung benutzt; denn Hausmiethen sind ja keiner Taxe unterworfen, und in dieser Hinsicht sagt l. 14. C. 4. 32., wenn schon die Vermiethung auf einen höheren Betrag zu bringen gewesen wäre, so sey dies doch nicht als unerlaubter Wucher, sondern als eine wohlfeile Vermiethung anzusehen. Dem ist auch nicht, wie Glück Thl. XIV. §. 870. glaubt, l. 11. §. 1. D. 20. 1. entgegen.

Gewöhnlich wird aber im antichretischen Pfand dem Gläubiger eine Sache eingeräumt,*) welche natürliche Früchte trägt, deren Ertrag in guten und schlechten Jahren gar sehr verschieden seyn kann. Auch in diesem Fall halten zwar mehrere Rechtslehrer den Gläubiger zur Rechnungslegung für verbunden, damit ein durch die R.-P.-O. v. J. 1530. Art. 26. verbotenes Zinsenübermaß durchaus nicht entstehen könne; Happel die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder S. 362., Mencken D. nullum excessum usurarum in pacto

---

*) Für fructus neglectos braucht jedoch der antichretische Pfandgläubiger nicht einzustehen; Thibaut System §. 799., Engelbrecht D. de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato. Lips. 1724

**) Verliert der Pfandgläubiger diese Detention durch einen Zufall, so hat er eine besondere actio in factum auf deren Restitution; l. 11. §. 1 D. 20. 1., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 62.

antichretico esse tolerandum. Lips. 1745. u. A. m. Andere betrachten, ohne Unterschied zwischen bestimmten und gewissen oder wandelbaren Erträgnissen die Zinsen gegen die Früchte als absolut aufgehoben, und mithin den Gläubiger zu einer Rechnungsablage nicht verbunden, so lange der Schuldner nicht beweist, daß ein unerlaubter Zinswucher darunter verborgen sey; l. 26. §. 1. l. 14. und 17. C. 4. 32., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 62., Glück Thl. XIV. S. 124., Thibaut System §. 799. (Ed. 8.), Leyser Vol. III. Sp. 157. Med. 1., Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. I. Abth. II. no. 71., Eisenhart Opusc. no. 15., Walch Introduct. in controv. j. c. pag. 540. Die richtige Entscheidung liegt wohl in l. 17. C. 4. 32. Dort heißt es nämlich: wenn deine Mutter ihrem Gläubiger ihr Gut unter der Bedingung verpfändet hat, daß derselbe die Früchte anstatt der Zinsen ziehen solle, so kann, in Erwägung des ungewissen Ertrags an Früchten, das Verabredete unter dem Vorwande höherer gezogener Nutzungen nicht rückgängig gemacht werden. Bekanntlich gehen auch alle ordentlichen und außerordentlichen Lasten der Sache auf den Gläubiger über; s. Leyser Spec. 157. Med. 7 — 9., Thibaut a. a. O., Glück Thl. XIV. S. 125. no. 7. Diese lassen sich so wenig als die Zufälle, welche auf die Ertragbarkeit und die Fruchtpreise einwirken, voraussehen. Dies erkennt auch Glück a. a. O. S. 121. als die Meinung der meisten Rechtsgelehrten an, s. Albrecht Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle Bd. I. S. 254., Struben rechtl. Bedenken Th. II. no. 69., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. no. 90., Westphal Pfandrecht §. 65., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1201., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 384. no. 2. und die übrigen bei Glück a. a. O. angeführten Autoren. Nach Nov. 34. Auth. „ad haec" ad. l. 16. C. 4. 32. ist die Errichtung einer Antichrese mit Bauern in Ansehung des Ackerlandes und Feldgeräthes verboten. Ueber die Cautelen beim antichretischen Vertrag s. Hagemann's Landwirthschaftsr. §. 372. S. 666.

[Die Frage, ob der Faustpfandgläubiger verbunden sey, sich in dem Concurse seines Schuldners anzumelden und das in seinem Besitz befindliche Pfand ohne vorgängige Befriedigung an die Concursmasse auszuantworten, kehrt wieder bei dem antichretischen Pfandgläubiger, da die Antichresis voraussetzt, daß die verpfändete Immobilie dem Hypothekarier behufs der Benutzung übergeben wird. Nun hat l. 11. §. 1. D. 20. 1. ausgesprochen, daß der antichretische Pfandgläubiger bis zur vollständigen Befriedigung die possessio des Pfandobjekts behalte, und an diesem Satze hat die deutsche Praxis auch

streng festgehalten. cf. Cramer observ. jur. univ. T. I. obs. 336. und Zimmermann im Arch. f. civ. Prax. XXXIX. S. 350—357.]

Zu 11) Die Beschränkung auf Faustpfänder behaupten ohne besondere Ausführung Thibaut System §. 794. (Ed. 8.), Seuffert Lehrb. d. prakt. Pandectenr. §. 210., Schweppe röm. Privatr. §. 337., Mackeldey Lehrb. d. gem. Civilr. §. 316. no. 2. und not. c., Mühlenbruch Lehrb. §. 320., v. Quistorp rechtl. Bemerkungen Thl. II. no. 10. Mit Unrecht aber wird Glück Thl. XIV. S. 3. und 57. für diese Meinung angeführt, welche nur darauf fußt, daß sie das in der l. un. C. 8. 27. gebrauchte Wort pignus blos auf den Begriff von Faustpfand bezieht, wozu übrigens ein hinlänglicher Grund mangelt, während, wie Glück a. a. O. S. 1. bemerkt, in der Sprache der Gesetze das Wort pignus gar oft auch allgemein für Pfandrecht gebraucht ist. Wesentlich und nothwendig zum Gebrauch des Retentionsrechts ist zwar ohne Zweifel der Besitz, und dieser muß allerdings schon zu der Zeit, da die Pfandschuld bezahlt wurde, bestanden haben, gleichviel übrigens, ob er gleich Anfangs oder erst während der schwebenden Schuld entstanden ist. Der Besitz ist daher auch in der l. un. cit. als nothwendige Voraussetzung gedacht, aber deßhalb muß ja die Sache nicht ein Faustpfand seyn. So benennt z. B. l. 26. §. 4. D. 12. 6. einen fundus als res retinenda. Deshalb wird diese Einschränkung wohl mit mehr Recht von Andern verworfen; s. Puchta Pand. §. 204., Schenk vom Retentionsrecht §. 71., Gesterding Pfandr. §. 21., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 382. no. 2.

Zu 12) Diese Frage wird von den meisten Rechtslehrern verneint; denn in dem im Gesetz gebrauchten Wort pecunia kann ja nach l. 5. pr. l. 178. und l. 222. D. 50. 16. jede Forderung verstanden werden, und ein debitum chirographarium, von welchem das angeführte Gesetz spricht, braucht nicht gerade ein debitum mutuaticium zu seyn; Schenk a. a. O. §. 71b., Gesterding a. a. O. §. 21., Schweppe röm. Privatr. §. 337., Sintenis Pfandr. §. 27., Mühlenbruch Lehrb. §. 320., v. Hartitzsch Entsch. prakt. Rechtsfragen no. 304.

Zu 13) Donellus im Comm. Vol. 15. tr. de pign. et hypoth. Cap. 6. pag. 472. hält die erstere Voraussetzung für nothwendig. Denn, sagt er, wenn gleichzeitig creditirt und nur für die eine Schuld ein Unterpfand versichert wurde, so muß man annehmen, daß auch das Pfand nicht weiter haften sollte, als bis diese Schuld bezahlt seyn wird. Das Gesetz macht aber diesen Unterschied nicht, daher auch

Donell keine Anhänger für seine Meinung gefunden zu haben scheint, s. dagegen Schenk a. a. O. S. 262. lit. h., Sintenis Pfandrecht §. 27. S. 244. not. 1., Lauterbach de retent. §. 17. no. 3. Die Meinungen über das dem Gläubiger auch wegen anderer Forderungen zustehende Retentionsrecht sind übrigens gar sehr verschieden; Cocceji Jus contr. Lib. 20. tit. 1. qu. 17. will es demselben nicht zugestehen, wenn er für die pfandschaftliche Forderung bereits die Zahlung angenommen hat, wogegen Gebr. Overbeck Medit. Bd. VIII. no. 411. diesen Unterschied als in der l. un. C. cit. nicht gegründet verwerfen, was auch gegen v. Quistorp zu erwiedern ist, wenn er in seinen rechtl. Bemerkungen Thl. II. no. 10. bedingt, daß der Gläubiger vermöge eines besondern mit dem Schuldner geschlossenen Vertrags sich noch im Besitz eines Pfandes, das durch die Bezahlung der Schuld, für welche es gegeben war, noch nicht erloschen gewesen ist, befinde, und daß auch die anderweiten Ansprüche des Gläubigers für liquid anzusehen seyen. Im Concurs des Schuldners ist das Retentionsrecht wegen einer nicht connexen chirographarischen Schuld ohne Wirkung; s. v. Hartitzsch Entscheid. no. 305., Kind Quaest. for. T. IV. cap. 35. pag. 214.

Zu 14) Daß ich dem A. wegen anderer Forderungen, die ich an B. habe, nach bezahlter Pfandschuld, sein Pfand nicht vorenthalten kann, leuchtet wohl von selbst ein; Glück Thl. XV. S. 131. Zweifelhafter ist es aber, ob mir dies nicht wegen meiner anderen an den A. selbst zustehenden Forderungen zugestanden werden müsse. Bejaht wird dies von Sintenis im Pfandr. S. 243. not. 2., Fritz Erläuterungen zu Wening-Ingenheim S. 494., dagegen verneint von Schenk a. a. O. S. 260., welchem auch v. Vangerow Pandecten Bd. I. §. 382. not. 3. beitritt; von Ersterem, weil zwischen beiden Forderungen gar kein Zusammenhang besteht, von Letzterem, weil jura singularia nicht auszudehnen sind. Allerdings ist in dem unterstellten Fall dasjenige nicht vorhanden, was die l. un. cit. voraussetzt: nämlich, daß derjenige, welcher für eine eigene Schuld ein Unterpfand bestellt hat, daneben auch für eine andere Schuld ex obligatione personale demselben Gläubiger verhaftet sey.

Zu 15) Unstreitig ist der Pfandschuldner verbunden, dem Gläubiger, wenn er ihm eine fremde, oder eine schon verpfändete, oder mit Mängeln behaftete Sache zum Pfand bestellte, ohne daß von dem Allen der Gläubiger unterrichtet war, das id quod interest zu prästiren. Aber was unter diesem zu verstehen sey, darüber sind die Meinungen verschieden. Die Einen behaupten, der Gläubiger könne

die Surrogirung eines tauglichen Unterpfands aus dem Vermögen des Schuldners verlangen; s. Thibaut System §. 794., die Andern sagen: er könne nur Entschädigung fordern, weil die actio pigneratitia, welche ihm diesfalls in l. 9. pr. l. 16. §. 1. l. 31. l. 32. l. 36. §. 1. D. 13. 7. l. 54. D. 46. 1. gegeben ist, gleich anderen actionibus contrariis nur auf Entschädigung gehe; Gesterding Pfandrecht S. 171., Schilter Prax. jur. Rom. Ex. 25. §. 15., Brunnemann ad l. 2. D. de pign. act. Der vorsichtige Gläubiger wird diese Streitfrage dadurch umgehen, daß er sein Klagbegehren alternativ dahin richtet, daß der Schuldner entweder die Schuld zurückzuzahlen oder ihm ein anderes hinlängliches Unterpfand einzuräumen schuldig sey. Das erstere zu fordern ist er unter diesen Umständen auch nach der Meinung der Dissentienten, s. Gesterding und Schilter a. a. O., dadurch nicht verhindert, daß die Schuld noch nicht fällig ist.

Zu 16) Der in l. 10. D. 20. 5. begründete Satz: „für die Entwährung haftet nicht der Pfandgläubiger, sondern der Pfandschuldner als Besteller des Unterpfands," ist neuerlich von Bachofen d. röm. Pfandr. Bd. I. S. 191. rc. 560. rc. 582. rc. und nach ihm von Buchka Lehre v. d. Stellvertretung S. 50. bestritten worden; denn, sagt man, durch den Pfandvertrag werde das Verkaufsrecht selbständig in der Person des Pfandgläubigers begründet, da folglich der Verkauf von ihm vermöge eigenen Rechts geschieht, könne er bei Vollziehung dieses Geschäfts nur in eigenem Namen handeln und bleibe der Verpfänder dem aus dem Verkaufe hervorgehenden obligatorischen Nexus eben so fremd, wie dem Verkaufsvertrage selbst. — Da aber wenigstens dies auch von den angeführten Schriftstellern nicht geleugnet werden kann, daß gegen den Verpfänder eine actio utilis gegeben wird, wenn und so weit er nach Eviction des Pfandes auf Kosten des Käufers als bereichert erscheint, l. 12. §. 1. D. 20. 5. — so scheint der Streit, indem er sich mehr um den Grund, aus welchem der Verpfänder haftet, als um die Haftungsverbindlichkeit selbst dreht, für die Praxis um so weniger von Erheblichkeit, als h. z. T. der Pfandgläubiger gewöhnlich nicht selbst verkauft, sondern durch das Gericht verkaufen läßt, welchenfalls l. 74. §. 1. D. 21. 2. unzweifelhaft zur Anwendung kommt. Vergl. Windscheid Lehrb. I. §. 237. Anm. 22. Die Regel, daß der Pfandgläubiger nicht einzustehen habe, leidet übrigens eine Ausnahme:

a) wenn er zur Zeit des Verkaufs von dem Recht des Dritten oder Entwährenden unterrichtet war, l. 2. C. 8. 46.;

b) wenn dem Käufer die Sache von Jemandem, welcher ein vor-

züglicheß Pfandrecht daran hatte, vermöge dieses Vorrechts entwährt wird; denn dafür muß der verkaufende Pfandgläubiger allerdings aufkommen, daß an der verkauften Stelle kein ihm vorgehendes Pfandrecht hafte, l. 1. C. 8. 46., Windscheid a. a. O. Anm. 21., sowie auch dafür,

c) daß er ein wirkliches Pfandrecht an der jure pignoris verkauften Sache hatte. Auch haftet der verkaufende Pfandgläubiger,

d) wenn er die Sache als seine eigene verkauft, nämlich wenn er nicht zu erkennen gegeben hat, daß er jure pignoris verkaufe; s. Westphal Pfandrecht §. 214. not. 237., Gesterding Pfandr. S. 167., endlich

e) auch, wie sich von selbst versteht, wenn er die Gewähr ausdrücklich übernommen hat, l. 1. und 2. C. 8. 46. Windscheid a. a. O. Anm. 22.

Zu 17) v. Madai führt die verneinende Entscheidung im civilist. Archiv Bd. XXVI. S. 201. mit folgenden Gründen aus. So wenig das Pfandrecht auf den Verkaufserlös eines verpfändeten Hauses übergeht, eben so wenig kann dies bei der Versicherungssumme der Fall seyn. Die nicht einmal bei den universitates juris, überall stattfindende Regel: pretium succedit in locum rei ist auf einzelne Sachen gar nicht anwendbar, auch kann man die Feuerversicherungssumme nicht als eine Accession, wie eine jede mit dem Immobile verbundene Gerechtsame betrachten, und sie deshalb im Pfandrecht begriffen erklären; denn der Anspruch auf die Assecuranzsumme ist, als aus einem Contract entsprungen, blos in der Person des Versicherten begründet, er steht mit der Sache nicht in unmittelbarer Verbindung, wie wahre Accessionen, sondern nur in einer mittelbaren Beziehung durch die Person des Verpfänders; Forderungsrechte können aber nur durch Cession auf einen Andern übergehen. Auch eine stillschweigende Verpfändung der Assecuranzsumme dürfte nach v. Madai's Meinung der Verpfändung des Hauses nicht subintelligirt werden, weil der Schuldner durch die Versicherung nur sich prospicire und nicht das Interesse des Gläubigers im Auge habe.

Gegen den letzten Satz möchte sich jedoch einwenden lassen, daß, wenn auch die muthmaßliche Absicht des Hauseigenthümers bei der Assecuranz seines Hauses nur auf sich und sein eigenes Interesse gerichtet seyn mag, doch, indem er sein Haus ausdrücklich mit dieser Qualification verpfändet, eine hypotheca tacita conventionalis gar wohl anzunehmen sey, und dies um so mehr, als, wie v. Madai selbst einräumt, der Schuldner sich einer Unredlichkeit gegen seinen Gläu=

biger schuldig machen würde, wenn er die Versicherungssumme nicht zu ihrem Zweck anwenden wollte. – Immerhin ist es von großer Wichtigkeit, daß in der Brandversicherungsordnung selbst dahin fürgesorgt werde, daß jeder Hauseigenthümer, welcher sein Haus verhypotheciren will, der Versicherungsanstalt beizutreten verbunden, und die Auszahlung dem Hypothekgläubiger diesfalls versichert wird, wie in der königl. bayerischen Brandversicherungsordnung vom 23. Februar 1811. verordnet ist.

[Th. Schmidt II. bemerkt in Schering's Archiv f. rechtswiss. Abhandl. I. (1861) S. 47 ff. hierüber: „die allgemeinen Preußischen Landesgesetze enthalten für die Entscheidung der Frage, ob den Hypothekengläubigern lediglich infolge ihres Pfandrechts ein Anspruch auf die Feuerkassengelder einzuräumen sey, keine ausdrückliche Vorschrift. Indessen hatte man bis vor wenigen Jahren bei den Gerichtshöfen übereinstimmend an der Ansicht festgehalten, daß die Feuerversicherungsgelder schon nach allgemeinen Rechtsprincipien, und abgesehen von den Bestimmungen, welche einzelne Feuersocietäten zur Sicherung der Hypothekengläubiger getroffen haben, den letzteren verhaftet seyen. Auch der höchste Gerichtshof hatte sich wiederholt in demselben Sinne ausgesprochen, und um keinem Zweifel Raum zu lassen, auch in denjenigen seiner Entscheidung unterbreiteten Fällen, wo die durch Feuer heimgesuchten Gebäude bei den Provinzialverbänden versichert waren, ausdrücklich hervorgehoben, daß, ohne Rücksicht auf die besonderen Reglements, die getroffne Entscheidung dem Geiste der Preuß. Versicherungsgesetze entspreche und aus Wesen und Zweck der Assecuranz von selbst folge; Koch Comment. z. Allg. L.-R. IV. S. 1095. Erst durch den Plenarbeschluß v. 5. Decbr. 1853. stellte das Berl. Obertribunal, die bisherige Praxis verlassend, folgenden Rechtssatz fest: Hypothekengläubiger sind nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht berechtigt, vermöge ihres dinglichen Hypothekenrechtes und lediglich als Folge dieses Rechtes die Feuerversicherungsgelder behufs ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen. Diejenigen Hypothekenrechte, welche die Gläubiger aus speciellen Rechtstiteln ableiten, und diejenigen Rechte, welche sie aus den besonderen Feuersocietäts-Reglements ableiten können, bleiben bei diesem Grundsatze unberührt."

Hierdurch ist die ganze Frage unter die Controversen zurückgestellt worden. — Nach dem Recht der Preuß. Rheinlande erstreckt sich gleichfalls die Hypothek nicht von selbst auf die Assecuranzsumme; s. Zachariä Handb. d. franz. Civilr. II. S. 283. In demselben Sinne spricht sich Schmidt II. auch für das übrige Preußen und

für das gemeine Recht aus, indem er den Ausführungen v. Madai's beistimmt (s. a. a. O. S. 60.). Dennoch spricht derselbe sich de lege ferenda dafür aus, „daß die Feuerkassengelder in ein dingliches Verhältniß zu dem durch Brandschaden betroffenen Gebäude gebracht werden sollen,“ (a. a. O. S. 61—78), und fügt weiterhin einen in diesem Sinne ausgearbeiteten Gesetzentwurf hinzu (a. a. O. S. 88—90), zu dessen Unterstützung er anführt, daß schon in der bisherigen (Preuß.) Gesetzgebung einzelne Momente auf eine dingliche Beziehung der Versicherungsgelder zu dem versicherten Grundstücke hinweisen, z. B. der Grundsatz, daß die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrage ohne Cession auf jeden Erwerber des versicherten Grundstücks übergehen (A. L.-R. Tit. 8. §. 2163). —

Man muß allerdings zugeben, daß vom Standpunkte des streng römischen Rechts ein dingliches Verhältniß der Assecuranzgelder nicht zu fundiren ist, denn das Pfandrecht ist ein dingliches Recht des Pfandgläubigers, und die Assecuranzsumme bildet den Inhalt eines persönlichen (obligatorischen) Anspruchs des Pfandschuldners gegen einen Dritten, und obligatio tertio non contrahitur. Indeß ist zu bemerken, daß das Institut der Reallast uns schon eine eigenthümliche Verpflichtung dinglicher und obligatorischer Momente zeigt, ferner daß das Preußische Recht dem Miethverhältniß einen gewissen Dinglichkeitscharakter verleiht und daß es in der deutschen Auffassung des Pfandes liegt, daß mit der Verpfändung über den (ökonomischen) Werth des Pfandobjekts verfügt wird. Was diesen letzteren Punkt anlangt, so spricht sich im modernen Grund- und Hypothekensystem die Tendenz aus, die Hypothek geradezu als einen Modus der ideellen Parcellirung und Mobilisirung des im Grundbesitzthum enthaltenen Werthes (nicht der realen, aber doch der ökonomischen Substanz) auszubilden (s. unten §. 132.); die Assecuranzsumme nimmt ökonomisch die Stelle des abgebrannten Hauses ein, der Werth ist derselbe, nur die Form eine andre, und folglich ergreift der Hypothekgläubiger jetzt statt des Hauses die Assecuranzsumme. In ähnlicher Weise ist wohl auch schon die Ansicht der älteren Preußischen Praxis verfochten worden (s. Schmidt II. a. a. O. S. 53. 54.), indeß wird der Grundgedanke nur im Zusammenhange mit dem modernen Hypothekensystem sicher zu fundiren seyn.]

---

§. 126.

3. Nebenbestimmungen bei Pfandverträgen, insbesondere die lex commissoria.

1) Kann der von Constantin dem Großen in l. 3. C. 8. 35. verbotene commissorische Vertrag nicht wenigstens dann mit rechtlicher Wirksamkeit einem Pfandvertrag beigefügt werden, wenn der Schuldner denselben eidlich bekräftigt?

2) Ist derselbe nicht wenigstens dann giltig, wenn er erst nach geschehener Verpfändung eingegangen worden ist? oder

3) wenigstens in dem Fall, wenn er zu Gunsten des Bürgen vom Schuldner errichtet wurde?

3 a) [Ist das Verbot der lex commissoria von Amtswegen zu berücksichtigen?]

4) Kann man sich gegen das Verbot des commissorischen Vertrags mit Erfolg auf gewisse vorzüglich im germanischen Recht gewurzelte Handel-Usancen berufen, welche besonders beim Einsatz von Staatspapieren einen solchen Vertrag zulassen, vermöge dessen dieselben bei nicht rechtzeitiger Einlösung dem Pfandgläubiger anheimfallen?

5) Sind auch solche Conventionen im Verbot des commissorischen Vertrags begriffen, wodurch bedungen wird, daß die Sache dem Gläubiger eventuell um einen voraus bestimmten oder noch zu bestimmenden Preis überlassen seyn soll, oder daß der Gläubiger die Sache an Zahlungsstatt behalten solle, wenn die Zahlung in bestimmter Zeit nicht erfolge?

6) Welche Wirkung ist dem mit der Pfandbestellung verbundenen pactum de ingrediendo einzuräumen?

Ueber den antichretischen Pfandvertrag s. oben §. 125. Fr. 10.

Zu 1) Die Entscheidung dieser Frage wird gewöhnlich aus c. 7. X. de pignor. (3. 21.) zunächst geschöpft, mit Rücksicht auf andere die Festhaltung eidlicher Verpflichtungen gebietende Vorschriften des canonischen Rechts, s. c. 2. de pact. in VIto (1. 18.) c. 28. X. de jurejur. (2. 24.) In c. 7. cit. wurde nämlich dem Papst der Fall zur Entscheidung unterstellt, wo ein Schuldner Namens R., welcher den commissorischen Vertrag eingegangen hatte, zwar rechtzeitig die zur Lösung des Pfands nöthigen Gelder an den Gläubiger gesendet, dieser aber sie in Folge begangener Untreue eines vom Schuldner für zuver-

lässig gehaltenen Dieners nicht bekommen hatte, und der Schuldner selbst dadurch, daß er kurz darauf in Gefangenschaft gerieth, unfähig wurde, weiter zu handeln. Hier erkennt der Papst das Pfand nicht für verwirkt, und zwar aus zwei Gründen: cum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum, et praedictus R. quantum in eo fuit, juramenti debitum adimpleverit. Aus dieser Entscheidung eines speciellen Falles ziehen die Rechtsgelehrten ein ganz verschiedenes Resultat für die Doctrin; Glück Thl. XIV. S. 93. nimmt an: weil der Papst aus zwei Gründen so entschieden habe, so müsse auch dann so entschieden werden, wenn nur der erste Grund, nämlich der der gesetzlichen Mißbilligung des commissorischen Vertrags, obwalte. Mit besserem Grund aber statuiren Andere, z. B. Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 242. und Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 122. not. 3. S. 540., daß in dem c. 7. cit. die eidlich bestätigte lex commissoria keineswegs für nichtig erklärt sey. Offenbar sagt der Papst nichts anders als: im vorgelegten Fall steht dem R. weder das pactum commissorium entgegen, denn dieses ist ja gesetzlich ungiltig, noch der Eid, denn er hat ja, so viel an ihm lag, das eidliche Versprechen erfüllt; ihm lag weder ein factum omissivum noch commissivum zur Last, nur Unfälle vereitelten die Wirksamkeit seiner Vertragserfüllung, darum heißt es in der Entscheidung: pacto tali vel juramento nequaquam obstante. — Die Lösung unserer Frage erfordert daher ein tieferes Eingehen in die Rechtsquellen, dessen sich neuerlich Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 312. 2c., Bd. XXV. S. 60. und 226. 2c. auf das verdienstlichste unterzogen hat, woraus wir Folgendes entnehmen:

Fast alle Canonisten des Mittelalters, welchen die Legisten folgten, haben, indem sie den commissorischen Vertrag als eine sündliche, wucherische Handlung betrachteten, angenommen: durch den hinzugefügten Eid könne derselbe zwar nicht giltig werden, aber der Schwörende müsse seinen Eid halten, so lange er dessen nicht entbunden werde, was jedoch der geistliche Richter vermöge, und wozu er kraft seines geistlichen Amtes zu wirken sogar verpflichtet war; denn der durch den commissorischen Vertrag dem Gläubiger erwachsene Vortheil war ja sündlich und er konnte daher nur durch Rückerstattung des Empfangenen Absolution von dieser Sünde erlangen. Daher statuirt ganz consequent das c. 1. 20. X. de jurejur. (2. 24.), der geistliche Obere müsse den Gläubiger zur Erlassung des Eids durch die kirchlichen Zwangsmittel anhalten, und könne auch aus eigener Machtvollkommenheit die relaxatio juramenti aussprechen. Da nach der Re-

formation die geistlichen Obern nicht mehr vom Eid zu dispensiren hatten, so mußte von den Protestanten jenes System aufgegeben werden; es blieben nun nur zwei directe Gegensätze übrig, in welche sich die Meinungen sofort theilten, entweder der Eid sey ungiltig, oder er sey bindend.*)

Die größte Schwierigkeit liegt nun freilich in der Abweichung des canonischen vom römischen Recht. Letzteres, welchem wohl jede neuere Gesetzgebung beistimmen muß (s. auch Preuß. allgem. Landrecht Thl. I. Tit. 5. §. 199.), löst die Frage einfach: generaliter, quoties pactum a jure remotum est, servari hoc non oportet, — nec jusjurandum de hoc adactum, ne quis agat, servandum; l. 7. §. 16. D. 2. 14. Ubicunque non servari factum lege prohibente censuimus, certum est, nec stipulationem hujusmodi tenere — nec sacramentum admitti; l. 5. §. 1. C. 1. 14. — Zwar behaupten mehrere Rechtslehrer, z. B. Weber v. d. nat. Verbindlichk. §. 123., Malblanc de jurejur. §. 14. 118. u. 124. u. Glück Thl. IV. §. 341. no. 3. u. 6. Thl. VII. §. 794., das canonische Recht sey in der Lehre vom Eid gar nicht anwendbar. Dagegen kommt aber in Erwägung, daß besonders durch den Reichsdeputations-Abschied v. J. 1600. §. 33. die Grundsätze des canonischen Rechts über die aus promissorischen Eiden fließenden Verbindlichkeiten anerkannt sind; Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. III. S. 169., Walter Kirchenrecht S. 348., Warnkönig a. a. O. Nimmt man aber auch die canonischen Vorschriften

---

*) Für ungiltig erklären ihn Malblanc de jurejur. §. 118., Harpprecht no. 224. u. 225., Boehmer J. E. P. Lib. II. tit. 24. §. 25., Hahn ad Wesenbec. Lib. 20. tit. 1. no. 5. in f., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 13. tit. 7. § 9., Behmer jus. novum controv. T. II. Obs. 137., Selchow Elem. jur. Germ. §. 458., Sintenis Pfandrecht S. 256., Claproth Rechtswissenschaft von richtiger Eingehung der Verträge Th. II. §. 212., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. no. 288., Danz Handb. des deutschen Privatr. Bd. II. S. 390., Glück P. C. Bd. XIV. S. 95; — für bindend erachten ihn dagegen: Thibaut System §. 795. (Ed. 8.), Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 336., v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 175. not. p., Fritz Erläuterungen dazu Bd. I. S. 478., Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. I. S. 78., Schleiermacher D. de pacto commissorio in pignore §. 20. Giess. 1702., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 13. tit. 7. §. 10., Brunnemann ad l. 3. C. de pact. pignor. no. 11.

Mehreres über die Wirksamkeit eidlicher Bestätigung positiv ungiltiger Handlungen ist bereits im Bd. I. §. 4. Fr. 4., §. 12. Fr. 10. vorgetragen worden, was jedoch hier zu vervollständigen und mit Rücksicht auf neuere Forschungen zu berichtigen angemessen befunden wird.

über Festhaltung der Eide an, so kann doch im untergestellten Fall die Voraussetzung des canonischen Rechts, als sey der commissorische Vertrag ein sündliches Wuchergeschäft, ebensowenig als richtig und geltend angesehen werden, als daß es Sünde sey, von ausgeliehenem Geld Zinsen zu nehmen. Kaiser Constantin hat ja den commissorischen Vertrag nicht aus diesem Gesichtspunkt, sondern deswegen verboten, weil derselbe zu einer Bedrückung der Schuldner führt, welche dem gemeinen Wesen nachtheilig ist. Indessen bleibt er immer ein gesetzlich reprobirtes Geschäft. Hält man übrigens die canonischen Vorschriften bei uns für anwendbar, so ist dies nur in der Art möglich, daß man annimmt, daß die dem geistlichen Richter vordem zugestandene Befugniß, vom Eid zu absolviren, auf die weltlichen Gerichte übergegangen sey; Sauter jus. eccles. §. 844 — 847., Berlich Conclus. pract. P. II. c. 44., Boehmer Princ. jur. can. §. 359., Schmalz Handb. d. Kirchenrechts §. 259., v. Berg juristische Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. I. no. 28., wonach dann (wie Eichhorn in d. Grunds. d. Kirchenr. Bd. II. S. 146. u. 537. unter Beziehung darauf, daß die Reichskammergerichts-Ordnung v. 1548. Tit. 24. schon in gewissen Fällen die relaxatio juramenti ad effectum agendi dem Kammergericht zugestanden habe, bemerkt) die Entbindung von einem solchen Eid mit der Entscheidung über die Hauptverbindlichkeit, — mag nun das Recht mit einer Klage oder Einrede geltend gemacht werden, in Eins zusammenfällt. Geht man nun, abgesehen von dem besondern Fall des commissorischen Vertrags, dessen eidlicher Bestärkung nach den bisherigen Erörterungen weder aus dem römischen noch canonischen Recht eine Wirksamkeit beigelegt werden kann, auf die rechtlichen Grundsätze über die Wirksamkeit eidlicher Bestärkung ungiltiger Geschäfte überhaupt zurück, so dürfte der einzig sichere Standpunkt für die Beurtheilung der verschiedenen Fälle immer nur in dem Unterschied zwischen den beiden Arten natürlicher Verbindlichkeiten zu finden seyn, nämlich:

1) solcher, welche von den Gesetzen ausdrücklich reprobirt sind, und
2) solcher, welchen blos die volle bürgerliche Wirksamkeit, das Klagrecht, entzogen ist.

Die erste Rubrik begreift in sich:

a) diejenigen Handlungen, welche um deswillen allgemein verboten sind, weil die uneingeschränkte Freiheit, sie zu unternehmen, mit nachtheiligen Folgen verbunden seyn kann, welche utilitatis publicae causa verhütet werden müssen, daher das Verbot der Hazardspiele, des commissorischen Vertrags bei Verpfändungen,

des Verkaufs der Früchte auf dem Halm, des pactum de quota litis, der Schenkungen unter Ehegatten u. dergl.

b) Verbote, welche darauf beruhen, daß die gemeine Wohlfahrt es erfordert, gewisse Personen von diesen oder jenen Rechtsgeschäften gänzlich zu entfernen. Hierher gehören die Eheverbote, die gesetzlichen Dispositionen über ungiltige Verlobungen, die Ungiltigkeit der Verkäufe unbeweglicher Güter an Juden, Fremde oder ad manus mortuas, Cessionen von Schuldforderungen eines Juden an einen Christen, an Mächtigere und dergl.

In allen diesen Fällen kann der hinzugefügte Eid keine Wirkung haben.

Die zweite Rubrik umfaßt zweierlei verschiedenartige Fälle, nämlich:

a) solche, in welchen die Entziehung der vollen bürgerlichen Wirksamkeit auf allgemeinen und objectiven Gründen beruht, wohin außergerichtliche Schenkungen über eine gewisse Summe hinaus und, wenn nicht ein absolutes Verbot vorliegt, auch die Schenkungen unter Ehegatten zu rechnen wären.

Auch in diesen Fällen halten wir den Eid für unwirksam.*)

b) solche, wo der Grund blos in einem jus singulare liegt, indem die Gesetzgebung aus dem Grund der utilitas publica gewisse Klassen von Personen mit der Unverbindlichkeit ihrer Rechtsgeschäfte begünstigt hat. Hierher gehört die Unverbindlichkeit weiblicher Intercessionen und der Rechtsgeschäfte Minderjähriger und erklärter Verschwender, Schuldverpflichtungen der Haussöhne.

In diesen Fällen ist theils nach den Gesetzen, s. l. 1. C. si advers. vendit. (2. 28.) u. Auth. Sacramenta puberum, theils nach einem constanten Gerichtsbrauch die eidliche Bekräftigung allerdings bindend. Hier ist auch gar kein Grund denkbar, warum dem Eid seine Wirksamkeit entzogen werden sollte; denn hier ist die Wirkung des Eides ganz und gar subjectiv und individuell beschränkt auf die Person, welche das ihr dargebotene jus singulare von sich gewiesen hat, und das Gemeinwesen bleibt ganz unberührt; das Gesetz bleibt unerschüttert; denn das Rechtsgeschäft selbst bringt die Wirkung nicht hervor,

*) Diese Fälle sind besonders bestritten. Vorzüglich halten hier den Eid für verbindend: Boehmer J. E. P. Lib. II. tit. 24. §. 31. u. 32., Cocceji jus controv. tit. de donat. inter virum et uxorem Qu. 3.

sondern nur der Eid. Hier braucht also das Interesse, welches die bürgerliche Gesellschaft an der Heiligkeit der Eide nimmt, keiner andern Rücksicht zu weichen, besonders da hier der Bruch des Eides mit einer gewissenlosen Täuschung des Andern begleitet wäre. — [Vergl. v. Vangerow Pand. I. §. 388. No. 4., welcher, abgesehen von dem Fall einer turpitudo des Gläubigers, die Geltung des Eides allgemein behauptet.] In den Fällen, wo eine eidliche Bekräftigung oder Entsagung bindende Kraft hat, sind übrigens die Meinungen darüber verschieden, ob insbesondere bei Minderjährigen diese Kraft nur dem körperlichen Eid oder auch einer schriftlich abgelegten eidlichen Versicherung beizulegen sey. Auch der letzteren gesteht gleiche Wirkung zu Berger Oeconomia jur. Lib. III. tit. 15. no. 8., v. Bülow u. Hagemann praktische Erörterungen Bd. I. no. 33., Struben rechtl. Bedenken Thl. I. no. 24. §. 2., Donell Comm. jur. civ. Lib. 21. c. 13., Hommel Rhaps. qu. for. Vol. 4. Obs. 598., Becmannorum Consilia P. I. pag. 445. A. M. ist v. Quistorp in den Beiträgen no. 24. S. 378., Emminghaus ad Coccejum Lib. 12. tit. 2. qu. 9. not. 2., Leyser Sp. 171. Corr. 2., Wernher Obs. for. Tit. III. P. I. Obs. 26. no. 15. weil die l. 1. C. si adv. vendit. die Worte enthält: si id etiam *jurejurando corporaliter praestito* servare confirmasti etc.; allein diese Worte werden für interpolirt gehalten, weil in den Basiliken der Beisatz corporaliter nicht vorkommt (s. Malblanc de jurejurando §. 82. not. 440.), und sie stehen jedenfalls nur enunciative, nicht dispositive da, s. Glück Thl. V. §. 458. S. 558., Thl. XII. §. 790. Ganz willkürlich wollen Andere gegen einen schriftlichen Eid Restitution zulassen; Hommel Rhaps. Vol. II. Obs. 274. — Nach Particularrechten, z. B. in Bayern, ist die Zulässigkeit der schriftlichen Eidesversicherung auf die höhern Stände durch das Privilegium der Siegelmäßigkeit beschränkt.

Zu 2) Es war früher die gemeine Meinung, welche die Glossatoren durch die Verbindung der l. 34. D. 13. 7. — l. 43. pr. D. 46. 3. und l. 1. und 2. C. 8. 35. zu begründen gesucht hatten, daß die lex commissoria ex intervallo contracta nicht ungiltig sey. Cocceji controv. jur. Lib. 13. tit. 9. qu. 9. und auch noch Thibaut in den früheren Ausgaben seines Systems §. 649. vertheidigte sie; allein die meisten neueren Rechtsgelehrten haben die Ueberzeugung gewonnen, daß ratio legis in diesem Fall nicht cessire, und jene Meinung, von welcher auch Thibaut selbst in der 7. und 8. Ausgabe seines Systems §. 795. zurücktrat (s. auch Braun Erörterungen zu Thibaut §. 649.), kann nun als allgemein verworfen betrachtet werden, s.

Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 312. ꝛc., Bd. XXV. S. 60. ꝛc., Westphal Pfandr. §. 260. not. 292., Gesterding Pfandr. S. 207. §. 29., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 227.

Zu 3) Scävola unterstellt in l. 81. pr. D. 18. 1. folgenden Fall: T. hatte für ein empfangenes verzinsliches Darlehn nicht nur Güter verpfändet, sondern auch einen Bürgen L. bestellt, welchem er versprach, ihn binnen 3 Jahren zu liberiren, widrigenfalls nach Ablauf dieser Frist, wenn L. der Bürgschaft wegen den Gläubiger bezahlen würde, die diesem verpfändeten Güter ihm, dem Bürgen, verkauft seyn sollten. Nun wird die Frage aufgeworfen: ob L., da er nicht liberirt worden, nach geleisteter Zahlung die Güter als ihm verkauft behalten dürfe? Die Entscheidung ging dahin: si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est, et contractam esse obligationem. Man sollte wohl glauben, nach der ratio legis stünde das Verbot des commissorischen Vertrags auch hier dem Verfall der Unterpfänder entgegen, weil es gleich drückend für den Schuldner seyn wird, die Pfänder mögen nun dem Gläubiger oder dem Bürgen heimfallen, und eine solche Convention könnte ja auch leicht in fraudem legis ausgedacht werden. Die von Glück Thl. XIV. S. 102. nach Best ratio emendandi leges cap. 21. §. 7—12. pag. 306. unterstellte Auslegung, welche durch die Annahme, das pactum sey dahin gegangen, daß der Bürge alsdann für einen billigen Preis die Güter erhalten solle, aus der Verlegenheit helfen soll, indem alsdann ein pact. commiss. gar nicht vorläge, ist offenbar ganz willkürlich, und daher von Warnkönig a. a. O. mit Recht getadelt. Die Meinung Anderer, z. B. Weber,*) v. Gönner, Seuffert und Mühlenbruch, als sey die l. 81. cit. durch l. ult. C. 8. 35. gänzlich antiquirt, wird durch die Bemerkung widerlegt, daß die letztere von Constantin herrührende Verordnung schon vor den Pandekten existirt habe, und doch in letzteren der zur Schadloshaltung des Bürgen eingegangene Vertrag für giltig erklärt werde, s. Braun Erörterungen zu Thibaut S. 585. Die meisten Rechtsgelehrten sind indessen darüber einig, daß die l. 81. cit. nicht in Widerspruch mit dem Verbot der lex commissoria sey. Scävola behandelte nämlich den Fall offenbar gar nicht als eine quaestio juris, sondern schlechthin als qu. facti. Es kommt ihm blos darauf an, auf was für ein Geschäft die Absicht der Contrahenten gegangen sey. Es ist nämlich kein nothwendiger Grund vorhanden, hier ein com-

---

*) S. dessen Versuche über das Civilrecht S. 363. ꝛc. §. 6. u. 7.

missum anzunehmen, als eventueller Kaufvertrag aber muß es gelten; l. 16. §. ult. D. 20. 1. Dieser in Cocceji Oper. T. VII. ad Lib. 18. Dig. pag. 732. aufgestellten Ansicht stimmt auch Warnkönig in seiner oben allegirten gelehrten Abhandlung bei; s. auch Gesterding Pfandrecht §. 29. S. 205., Thibaut System §. 795.

Zu 3a) [Das O.=A.=G. zu Lübeck sagt hierüber: Obschon das Verbot der lex commissoria beim Pfandgeschäft im pfandrechtlichen Interesse bedrängter Schuldner ergangen ist, so wird doch, soll nicht der beabsichtigte Schutz ganz illusorisch seyn, jenes Interesse als ein solches, auf welches der Schuldner zum Besten des Gläubigers mit Effekt nicht verzichten könne, behandelt werden, folgeweise also auch die Nichtvorschützung der aus Uebertretung jenes Verbots dem Schuldner erwachsenden Einrede für letzteren unpräjudizirlich seyn müssen, gleichviel ob die Uebertretung direkt oder indirekt geschehen, der Pfandanfall offen bedungen oder durch andere Stipulationen verdeckter Weise gesichert sey. Selbst ex officio wird daher der Richter, wo aus den Parteivorträgen sich eine Uebertretung jenes Verbots klar ergibt, dies berücksichtigen dürfen, vollends aber darauf einzugehen haben, wo der Schuldner oder dessen Vertreter ausdrücklich, wenn auch hinterher, eine solche behauptet; s. Frankfurter Samml. von Lübecker Entscheid. I. S. 110 ff. u. Seuffert's Archiv VIII. No. 237.]

Zu 4) In Ansehung der Frage, ob Gesetzen durch Gewohnheiten derogirt werden könne, verweisen wir im Allgemeinen auf Bd. I. §. 2. Fr. 22. Unbeachtet kann wohl nicht bleiben, daß dem germanischen Pfandrecht*) der Verfall der Pfänder zur Verfallzeit der Schuld, welcher in Leihhäusern noch jetzt gebräuchlich ist, durchaus eigen war, und sich an vielen Orten noch lange nach Einführung des Römischen Rechts erhalten hat. Zugestehen muß man gleichwohl, wie Mittermaier im deutsch. Privatr. §. 60. insbesondere bezüglich des commissorischen Vertrags bemerkt, daß ältere Gewohnheiten nach Einführung des R. R. umsoweniger mehr berücksichtigt werden können, als in der R.=P.=O. v. 1577., wo der commissorische Vertrag den Juden verboten ist, dieses Verbot als ein solches bezeichnet wird, welches in den gemeinen Rechten gegründet sey; s. Danz zu Runde Thl. II. §. 221. Doch wird man mit Warnkönig a. a. O. Bd. XXV. S. 112. allerdings sich gegen die allgemeine Verwerfung,

*) Ayrer Differentiae jur. Rom. et Germ. circa pign. Goetting. 1742., v. Tröltsch Anmerkungen und Abhandl. Th. I. S. 138., Riccius D. num. pact. commiss. in Germania invalid. Jen. 1742.

welche Seuffert im civilist. Archiv Bd. XI. S. 362. gegen Usancen, welche dem Verbot der l. commissoria entgegenstehen, ausspricht, erklären müssen; denn da, wo den Städten oder auch Handelsgremien so viel Autonomie zustand, daß sie durch Statuten commissorische Verpfändungen für giltig erklären konnten, muß wohl den eingeführten Gewohnheiten die nämliche Wirksamkeit beigelegt werden; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an ipsis rebus et factis?

Zu 5) Gegen die Ansichten Weber's in seinen Versuchen S. 365. ist, wie er selbst anerkennt, von den meisten Rechtsgelehrten angenommen, daß ein Vertrag: „es solle im Nichtzahlungsfall dem Gläubiger die Sache verkauft seyn,“ Giltigkeit habe, es mag nun die Preisbestimmung im Voraus geschehen oder bis dorthin ausgesetzt worden seyn; l. 16. §. 9. D. 20. 1. — l. 34. D. 13. 7. - l. 13. C. 8. 14., sofern dabei nicht fraudem legis gehandelt wurde; Glück Thl. XIV. S. 96., Leyser Spec. 158. Corr. 1., Westphal Pfandr. §. 194. not. 216a., Thibaut System §. 795., Warnkönig a. a. O. Bd. XXIV. S. 382., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 60. Gleiches ist von dem Versprechen der datio in solutum pignoris, welche Leyser Spec. 158. Med. 4. auch im Verbot der lex commissoria begreift, alsdann anzunehmen, wenn die Sache dem Gläubiger bei Verfallzeit der Forderung nicht schlechterdings heimfallen, sondern für einen zu bestimmenden billigen Preis überlassen werden soll, wie l. 24. pr. D. 13. 7. die Sache gestaltet. Wird das pactum de retrovendendo in fraudem legis unternommen, wird nämlich, um das Gesetz zu umgehen, eine Sache, statt sie zu verpfänden, dem Gläubiger sub pacto de retrovendendo verkauft, so wird solches auch im Verbot der lex commissoria begriffen erachtet; Leyser Sp. 158. Med. 5. und 6., Gesterding Pfandrecht §. 20. S. 206.

Zu 6) Das vertragsmäßige Recht, sich eintretenden Falles, ohne erst Recht zu nehmen, oder, wie es im R.-D.-A. v. 1600. §. 32. heißt, ohne Recht in den Besitz des Pfandes zu setzen, macht allerdings eine Ausnahme im Verbot der Selbsthilfe, aber nur so lange, als der Andere sich nicht widersetzt; denn dann muß der Pfandberechtigte doch erst den Richter um den Besitz des Pfandes angehen l. 3. C. 8. 14.

§. 127.

4. Vom Verhältniß mehrerer verschiedenartiger Pfandgläubiger unter sich, besonders von den gesetzlichen Unterpfändern.

Eine Concurrenz und Collision mehrerer Pfandgläubiger in einem Gegenstand, sey dieser ein Vermögensganzes oder eine einzelne Sache, kann sowohl unter Conventional- als gesetzlichen, freiwilligen und nothwendigen Unterpfändern entstehen. Die bekannte Regel, daß bei übrigens gleichen Verhältnissen das Alter des Pfandrechts (nicht der Forderung) über den Vorgang entscheidet, prior tempore potior jure, reicht nicht aus, weil eben so viele Ungleichheiten durch die einzelnen gesetzlichen und Conventional-Hypotheken verliehenen besonderen Privilegien geschaffen worden sind, daher jene Regel eine untergeordnete und das Verhältniß viel schwieriger geworden ist. Eine Zusammenstellung derselben kann hier als eine aus den Lehrbüchern bekannte Sache umgangen werden, und da ihre Rangordnung fast überall durch die Concurs- und Prioritäts-Ordnungen der einzelnen deutschen Länder geregelt ist, so dürfen wir uns hier auf folgende gemeinrechtliche Streitfragen beschränken:

1) **In Ansehung des Zusammentreffens mehrerer Pfandrechte, deren eines vom früheren Eigenthümer, das andere von dessen Nachfolger bestellt worden ist.**

Hier ist es zwar unbestritten, daß im Fall einer Universalsuccession die Gläubiger des Erblassers sich rücksichtlich ihrer Pfandrechte am Vermögen des Erblassers gegen jedes Zusammentreffen mit den Gläubigern des Erben durch das ihnen nach l. 1. §. 1. u. 13. D. 42. 6. fünf Jahre lang, von Zeit der Erbschaftsantretung an gerechnet, zustehende Separationsrecht schützen können, welches, wenn nicht schon eine unauflöslich gewordene Confusion inzwischen eingetreten ist, s. l. 1. §. 12. D. 42. 6., von allen Erbschaftsgläubigern, sowohl hypothekarischen als chirographarischen, ohne Unterschied zwischen unbedingten oder bedingten Forderungen, s. l. 4. pr. D. 42. 6., gegen den Erben, und selbst von denen, welche zugleich Miterben sind, gegen den Miterben, l. 6. C. 4. 16. — l. 7. C. 7. 72. endlich auch von den Legatarien, l. 6. pr. D. 42. 6., geltend gemacht werden kann, so lange sie sich mit dem Erben noch nicht eingela

haben, l. 1. §. 10. 11. 15. D. 42. 6. — l. 2. C. 7. 72. (was jedoch nicht von der Einklagung der Forderung gegen denselben gesagt werden kann, l. 7. D. 42. 6.) oder nicht der Erbe die Erbschaft in gutem Glauben verkauft hat; l. 2. D. eod. — Schweppe röm. Privatr. Th. V. §. 849. Im Fall einer Singularsuccession aber ist es eine zweifelhafte Frage, ob der Pfandgläubiger ein Separationsrecht auf den Gegenstand seines Pfandrechts behaupten könne, um nicht mit privilegirten Pfandgläubigern des Nachfolgers in eine ihm ungünstige Collision zu gerathen?

2) Allgemein in Praxi angenommen ist das von Wächter im civilist. Archiv Bd. XIV. S. 386. gleichwohl noch in Zweifel gezogene Privilegium fisci in Ansehung der öffentlichen Abgaben, l. 1. C. 4. 46.; indessen kann noch in Frage gestellt werden, ob der fiscus auch für Forderungen aus einem Contract nicht blos das ihm zustehende einfache gesetzliche Pfandrecht, l. 2. C. 8. 15., sondern auch mit Bezug auf l. 28. D. de jure fisci (49. 14.) ein Privilegium rechtlich geltend machen könne?

3) Kommt das Privilegium fisci wegen der öffentlichen Abgaben auch städtischen Aeraren zu, und haben diese auch wegen Forderungen ex contractu ein gesetzliches Pfandrecht, besonders im Vermögen ihrer Verwalter?

4) Es ist ungeachtet des schon unter den Glossatoren (s. Haenel dissensiones dominorum pag. 3.) bestandenen Streits, und späterer Dissentienten, z. B. Westphal Pfandrecht §. 164. not. 182., Donell de pignor. c. 14. nun allgemein angenommen, daß die gesetzliche generelle Hypothek der Ehefrau für ihr Heirathsgut nicht nur allen anderen gesetzlichen, sondern auch den Conventionalhypotheken, ohne Rücksicht auf das Alter, desgleichen nach Nov. 97. c. 3. auch den späteren privilegirten Pfandgläubigern vorgehe, s. Glück Thl. XIX. S. 271., Meißner die Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht §. 172.; vergl. dazu Windscheid Pand. I. §. 246. Anm. 8. u. Seuffert's Archiv XII. No. 165.; aber zweifelhaft ist es noch, ob die Ehefrau mit ihrem Heirathsgut blos älteren einfachen oder älteren privilegirten Pfandgläubigern vorgehe? ferner

5) ob das Privilegium des Heirathsguts sammt dem darunter zu begreifenden instructus muliebris (s. Dabelow v.

Concurs S. 618. und die von uns im Bd. I. §. 56. zu Fr. 4a) angeführten Autoren), dessen Pfandrecht bekanntlich mit dem Vollzug der Ehe, zu deren Zwecken es versprochen war, oder wenn es erst nach Schließung der Ehe constituirt wurde, vom Zeitpunkt der Constituirung an, sowie für das augmentum dotis von dessen Versprechen oder Einbringen an beginnt, l. 1. pr. D. 20. 4. — l. 19. C. 5. 3., nach Ableben der Ehefrau ihren Kindern (denn auf den Vater oder andere Erben, oder auf Gläubiger der Frau geht es ohnedies nicht über, l. 12. §. 1. C. 8. 18. — §. 29. J. 4. 6. — Nov. 91.) und Kindeskindern überhaupt oder nur der Stiefmutter gegenüber zustehe?

6) Ob das Dotalprivilegium auch jüdischen Ehefrauen zu Statten komme?

7) Ob der putativen Ehefrau und auch der Braut, welche in der gewissen, aber gleichwohl vereitelten Erwartung der versprochenen Ehe das Heirathsgut vorläufig schon inferirt hat?

8) Bekanntlich steht der Ehefrau wegen ihres Paraphernalvermögens, sowie wegen der donatio propter nuptias, insofern sie sich nicht ein ausdrückliches Pfandrecht hat constituiren lassen, nur ein einfaches gesetzliches Unterpfand von Zeit ihres Einbringens, oder ex tempore, quo vir res alienavit aut pecuniam consumsit, vel ab uxoris debitoribus accepit, l. 11. C. 5. 14. — Huber Prael. ad Pand. Lib. 20. tit. 11. §. 2. zu; doch wird gefragt, ob dasselbe für alle beweglichen und unbeweglichen fungiblen und nicht fungiblen Sachen gelte, oder auf die vom Ehemann eingezogenen Activen zu restringiren sey?

9) Steht auch dem Ehemann wegen des Gegenvermächtnisses ein stillschweigendes Unterpfand am Vermögen der Frau zu?

10) Auf welchen Voraussetzungen und Erfordernissen beruht das privilegirte Unterpfand eines Darlehns zur Wiederherstellung eines Gebäudes?

11) Wenn Mehrere zu verschiedenen Zeiträumen zur Erhaltung einer Sache creditirt haben, in welcher Rangordnung stehen diese dann gegenseitig?

12) Wie wird es mit der Rangordnung gehalten, wenn gesetzliche oder prätorische, öffentliche und Privatunterpfänder concurriren, und hat der Unterschied zwischen öffentlichen

und Privatunterpfändern rücksichtlich ihres Ranges auch auf den Rang der privilegirten Pfandrechte Einfluß?

13) Wie ist es zu halten, wenn mehrere gleichzeitige Pfandrechte, oder solche, deren Entstehungszeit nicht constirt, zusammentreffen? desgleichen

14) bei der Concurrenz mehrerer prätorischer und judicieller Unterpfänder?

15) Findet die dem Vermiether auf den eingebrachten Sachen des Miethers wegen Beschädigungen des gemietheten Gegenstandes (s. l. 2. D. 20. 2.) zustehende stillschweigende Hypothek auch auf einen unentgeltlich wohnenden Benutzer des Hauses Anwendung? auch auf einen Minderjährigen, welcher sich irgendwo eingemiethet hat? auch auf die **illata** eines Aftermiethers?

16) Steht den Kindern auch für ihr abgängiges Pathengeld eine stillschweigende Hypothek im väterlichen Vermögen nach gemeinem Recht zu?

17) Bekanntlich steht den Pupillen und Minderjährigen auf den mit ihrem Geld vom Vormund erkauften Gütern sowohl ein Vindications- als auch ein privilegirtes Pfandrecht zu; kommt ihnen letzteres aber auch gegen ihren Vater an den Gütern zu, welche derselbe auf seinen Namen mit ihrem Geld erkauft hat?

18) Hat der Verpachter eines Landguts an allen eingebrachten Sachen des Pachters ein stillschweigendes Pfandrecht?

19) Geht die den Pupillen am Vermögen des Vormunds zustehende stillschweigende Hypothek auch auf die Erben des Pupillen über?

Zu 1) In Ansehung dieser Frage ist die Theorie durch Thibaut's Angriff in den civilist. Abhandl. S. 311., welcher viele Anhänger gefunden hat, schwankend geworden. Früher war die Praxis entschieden für das Separationsrecht, welches in diesem Fall eben so dringend vom Rechtsgefühl postulirt wird, als ihm im Fall der Universalsuccession vorbemerktermaßen unwidersprochene Geltung widerfährt. Man folgte der natürlichen Ansicht, der Successor konnte ja die Sache nicht ohne die darauf haftende Last erwerben, er konnte nicht sein Vermögen zu Gunsten seiner Gläubiger durch eine Fiction vergrößern, und eine Fiction wäre dies doch immer, wenn seine

Gläubiger auf die Voraussetzung, daß er z. B. durch Erwerbung eines Guts zum Preis von 10,000 Fl. sein Vermögen um 10,000 Fl. vermehrt habe, während er doch nur 5000 Fl. daran gewendet hat, weil er für 5000 Fl. Hypotheken darauf übernommen, mithin um so viel weniger bezahlt hat, ihre privilegirten Hypotheken auf einen Werth von 10,000 Fl. geltend machen, und den alten einfachen Hypothekgläubiger von seinem Unterpfand verdrängen könnten. Thibaut meint, dieser Mann sey zwar zu bedauern, welcher auf solche Weise bei der größten Vorsicht und bei einer Sicherheit, welche wohl Niemand bezweifeln konnte, doch sein ganzes Capital verlieren kann; dies sey nun aber einmal Folge des feststehenden Vorzugs der privilegirten Unterpfänder oder des Grundsatzes, daß das Alter der Hypothek nichts gegen das Privilegium vermöge. Es sey ganz einerlei, ob diese Collision, welche bei dem Vorbesitzer eben so gut entstehen konnte, als bei dem Nachfolger, sich nun zufällig bei diesem ereigne, welcher gerade so viel Dispositionsrechte hat, als Jener, um den Altershypotheken durch privilegirte Hypotheken zu schaden. Das Uebel liege im römischen Pfandsystem, der Tadel treffe die Gesetzgebung, gegen welche Thibaut selbst in dieser Materie wegen vielfacher Ungerechtigkeiten großen Widerwillen ausspricht; s. civilist. Archiv Bd. XIV. S. 241., aber Consequenz ist ihm ein kategorischer Imperativ. Unter denjenigen Rechtsgelehrten, welche Thibaut's Autorität folgten, z. B. Glück Thl. XIX. S. 291., Seuffert Erörter. Abth. II. S. 116., Hugo Lehrb. d. h. R. R. §. 117., Löhr im civilist. Archiv Bd. XIV. S. 166. not. 16., Mühlenbruch Lehrbuch §. 431. not. c., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. §. 180., Schweppe römisches Privatr. Bd. II. §. 361 [Seuffert Pand. §. 215., Puchta Pand. §. 211. (dieser jedoch zweifelnd)], im Ganzen auch v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 385., Spangenberg im civilist. Archiv Bd. X. S. 404., Bd. XIV. S. 155. — findet man jedoch auch eine Spaltung. So statuirt v. Vangerow a. a. O. mit Beziehung auf Göschen Grundr. S. 185., die Meinung Thibaut's sey nur mit einer Ausnahme wahr, wenn nämlich ein Pfand aus der Zeit des frühern Eigenthümers mit einem Pfandprivilegium wegen Anschaffung der Sache concurrirt, müsse man nothwendig dem erstern den Vorzug geben; Schweppe a. a. O., welcher die Thibaut'sche Ansicht zwar in der Theorie richtig, aber in Praxi nicht empfehlungswerth findet, modificirt sie dahin: „Pfandrechte beim neuen Eigenthümer, wegen Creditums zum Nutzen der Sache, sollten auch unter den Pfandgläubigern

beim alten Eigenthümer nach ihrem Privilegium einen Platz erhalten, weil auch diesen Pfandrechten genützt wird.*) Läßt man übrigens den ganzen Vorzug der Pfandrechte beim alten Eigenthümer fallen, so können die Gläubiger zum Nutzen bei dem neuen Eigenthümer unbedenklich denen beim alten vorgehen." Entschieden gegen Thibaut's Ansicht sind aufgetreten: Hepp in Linde's Zeitschr. Bd. IV. S. 37. und Wächter in seiner umfänglichen und gründlichen Abhandl. im civilist. Archiv Bd. XIV. S. 340. Derselben Meinung sind auch Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 777., vergl. Gmelin Ordnung der Gläubiger S. 84., Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VI. S. 190., Schirach Beiträge zur Anwendung des Rechts S. 45., — Wächter greift hauptsächlich die Thibaut'sche Prämisse: „privilegirten Pfandrechten gebühre als solchen, ohne Rücksicht auf das Alter, der Vorgang vor allen andern Hypotheken an derselben Sache" als ganz unerwiesen und in den Gesetzen nicht begründet an, und unternimmt den Beweis, daß deren Sinn aus der Fassung derselben und aus den Gründen, auf welche ihre Vorschriften gebaut sind, gar nicht anders als dahin abgenommen werden könne, daß die privilegirten Pfandrechte blos gegen diejenigen Pfandrechte stärker sein sollen, welche bei dem gemeinschaftlichen Besteller entstanden sind, folglich ihr Vorzug nicht diejenigen tangiren könne, welche von einem früheren Besitzer Pfandrechte an der Sache erlangt haben. —

Während demnach der Streit der Theorieen noch nicht als abgeschlossen und entschieden betrachtet werden kann, der Gerichtsbrauch aber so entschieden und allgemein feststeht, daß ihm selbst Thibaut a. a. O. und seine Nachfolger nicht zu widersprechen wagen (s. auch Schweppe röm. Privatrecht §. 361. und die dort angeführten Autoren), werden die Gerichte, wenn sie nicht Glanz und Herrlichkeit in the glorious incertainly of law suchen, gewiß dem Ausspruch des Paulus folgen: haud facile sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt,**) und dies um so mehr, als

*) Derselbe gesteht übrigens dabei, daß die abweichende Meinung Hagemann's in den prakt. Erörter. Bd. VI. S. 40. dadurch unterstützt werde daß die Gläubiger zum Nutzen selbst unter den Pfandrechten beim neuen Eigenthümer nicht immer die ersten sind.

**) Hiervon abzugehen trug das Oberappellationsgericht zu Celle gleichwohl kein Bedenken, ungeachtet es nicht in Abrede stellen konnte, daß der bisherige Gerichtsbrauch entgegenstehe. Um nun die damit verbundene Härte wenigstens einigermaßen zu mildern, wurde für nöthig befunden, von der Anwendung der neuen Lehre gegen solche Gläubiger, welche im Vertrauen auf die bis auf die neuere Zeit gleichmäßig von den Gerichten über das s. g. Absonderungsrecht

selbst der Urheber der neuen Theorie doch „in der ältern Praxis die guten Gefühle für das wahre Recht zu ehren" sich gedrungen fühlt; s. Thibaut a. a. O. S. 314., wie denn auch Schweppe in gleichem Gefühl sich dahin ausspricht, daß die Beibehaltung des Gerichtsbrauchs, zur Verminderung der fehlerhaften Rangordnung des R. R., praktisch sehr wünschenswerth sey; vergl. den so wesentlich auf R. R. basirten Code Napoléon Art. 2177. [Für die Wächter'sche Ansicht und die Praxis (s. Seuffert's Archiv VIII. No. 114.) erklären sich auch Sintenis Pfandr. S. 636 ff., Arndts Pand. §. 385. Anm. 4., Brinz Pand. I. S. 345. u. Windscheid Lehrb. I. §. 246. Anm. 11., Letzterer mit dem Bemerken: „Es handelt sich hier um die Tragweite von Privilegien, d. h. von Ausnahmebestimmungen. Möglich ist es, daß dieselben einen Vorzug auch vor den Gläubigern des früheren Eigenthümers haben begründen wollen, möglich ist aber auch das Gegentheil. Und man wird nicht bestreiten dürfen, daß das Nächstliegende nicht das Erstere ist, sondern das Letztere. In der That haben denn auch die einzelnen hieher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen nur den Fall im Auge, wo Gläubiger desselben Schuldners mit einander concurriren. Eine Ausdehnung derselben über ihren unmittelbaren Inhalt bedürfte besonderer Rechtfertigung, und diese Rechtfertigung läßt sich nicht erbringen." Als einzige Ausnahme hiervon nimmt Windscheid das Privileg dessen, der eine Aufopferung zur Erhaltung, Wiederherstellung oder Verbesserung der Pfandsache gemacht hat, denn das geht alle Pfandgläubiger an, nicht blos die, welche ihr Pfandrecht von dem gegenwärtigen Pfandgläubiger ableiten; dann fügt er hinzu (Anm. 12.): „Anders verhält es sich mit dem Privilegium dessen, der eine Aufopferung gemacht hat, um die Pfandsache dem gegenwärtigen Eigenthümer zu verschaffen; seine Aufopferung hat eben auch nur die von diesem herrührenden Pfandrechte möglich gemacht, nicht die von dem früheren Eigenthümer herrührenden, und diese gehen daher seinem Pfandrecht vor."]

Zu 2) l. 28. D. 49. 14. sagt: si, qui mihi obligaverat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod

---

aus hypothekarischen Schuldverhältnissen befolgten Grundsätze gehandelt haben, Umgang zu nehmen, und für die Zukunft solchen Gläubigern eine andere Sicherungsweise durch Eintragung in das Hypothekenbuch anzuweisen; s. die von Spangenberg im civilist. Archiv Bd. XIV. S. 155. mitgetheilte königl. hannöv. Verordn. dd. St. James d. 21. Nov. 1830.

et constitutum est, praevenit enim causam pignoris fiscus. Dem natürlichen Sinn dieses Gesetzes zu folgen, wurde von Vielen Anstand genommen; s. Höpfner Instit. Comm. §. 719. not. 3., Hennemann über die bevorzugte Hypothek des Fiscus rc., Spangenberg im civilist. Archiv Bd. XI. S. 451., weil ein Widerspruch mit l. 2. C. 7. 73. und l. 21. D. 20. 4. kaum zu beseitigen möglich schien; v. Vangerow a. a. O. §. 386. not. 1. widerlegt aber diesen Zweifel mit der Bemerkung, daß in l. 2. cit. gar nicht von Gütern die Rede sey, welche der Schuldner erst nach dem Contract erwirbt, und die l. 21. cit. aus einer Zeit herrühre, wo dem fiscus noch gar kein Legalpfand, viel weniger ein Pfandprivileg wegen Contractsforderungen zustand, und daß da blos von einem Falle die Rede sey, in welchem dem fiscus nur das zur Zeit des Vertrags vorhandene Vermögen verpfändet worden war. Die herrschende Lehre stimmt übrigens im Wesentlichen dahin überein, daß das Pfandrecht des fiscus wegen Contractsforderungen auf den nach Abschluß des Vertrags erst vom Schuldner erworbenen Gütern bevorzugt sey.*) [Dieser Meinung, als der herrschenden, stimmen auch bei: Seuffert Erörter. II. S. 123 ff., Pfeiffer Prakt. Ausführ. VIII. S. 15 ff., Arndts Pand. §. 385., Windscheid Lehrb. I. §. 246. Anm. 2.]

Auch dem privilegio dotis gegenüber wird dies von Mehreren behauptet; Stryck D. de praelatione dotis et fisci mutua c. 4. §. 10., Dabelow vom Concurs der Gläubiger S. 301. u. 620., wogegen man aber vielmehr denjenigen beistimmen muß, welche überhaupt unter den privilegirten Hypotheken, bei Ermangelung einer andern gesetzlich bestimmten Rangordnung, lediglich das Alter über den Vorrang entscheiden lassen; s. Gmelin Ordn. d. Gläubiger S. 376., Meißner v. stillschweigenden Pfandr. S. 454. — Glück Thl. XIX. S. 339. §. 1096. versteht sich mit Ausnahme der absolut privilegirten Pfandrechte des fiscus wegen Steuern und Abgaben; l. 1. C. 4. 46. und des in Nov. 97. c. 4. begründeten Vorzugs des Darlehns zur Anschaffung einer käuflichen militia. Für die Forderungen ex contractu hat aber fiscus gar kein privilegirtes Unterpfand, indem er

*) Meißner Lehre v. stillschw. Pfandr. §. 100—106., Dabelow vom Concurs rc. S. 209., Klenze Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. VIII. S. 394., Hepp in Roßhirt's Zeitschr. Bd. I. S. 360., Gesterding Pfandrecht S. 262., Sintenis Pfandrecht S. 630., Glück Thl. XIX. S. 250. und die dort angeführten Schriftsteller, sowie die Lehrbücher von Thibaut §. 803., Schweppe Bd. II. S. 326., Mühlenbruch §. 323. Schilling Bd. II. §. 221., v. Wening-Ingenheim §. 177.

schon den älteren einfachen Pfandgläubigern in der Regel nachsteht. Da nun das Heirathsgut einen Vorzug vor den älteren einfachen Pfandgläubigern hat, so müssen die Forderungen des fiscus ex contractu jedenfalls dem Heirathsgut nachstehen; s. Hepp in Roßhirt's Zeitschr. Bd. I. S. 363., Göschen Grundr. S. 187., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 386. not. 2. a. E., Walch Introd. in controv. j. c. Sect. IV. Membr. 2. Subs. 2. §. 16., Gesterding Pfandr. S. 243., Erk. d. O.=A.=Ger. zu Cassel in Strippelmanns Samml. Th. IV. Abth. 1. S. 282., v. Keller Pand. §. 205 a. E.

Zu 3) Manche Rechtslehrer schreiben zwar auch den mittelbaren Städten und überhaupt allen Obrigkeiten, welche die Obergerichtsbarkeit haben, das privil. fisci wegen der öffentlichen Abgaben zu; s. Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 165., Stryck Us. mod. Lib. 20. tit. 2. §. 16., Leyser Sp. 227. Med. 1., Cocceji J. C. Lib. 20. tit. 2. qu. 5, Berger Oecon. jur. Lib. I. tit. 2. th. 16., allein ein Gesetz gibt es dafür nicht, und auch ein allgemeines Gewohnheitsrecht läßt sich dafür nicht beweisen; Runde im deutsch. Privatr. §. 437., Knipschild de jure civitatum Lib. II. c. 15., Mencken Diss. jus fisci mero adhaerens imperio. Lips. 1735., Schaaf D. de jure fisci ad civitates mediatas non pertinente. Goett. 1757., de Selchow Elem. jur. germ. priv. §. 184. Städte können es daher nur vermöge besonderer Landesgesetze, Privilegien und Gewohnheitsrechte behaupten; Meißner a. a. O. §. 94. Auch wegen Forderungen aus Contracten haben die Städte kein Privilegium, Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. no. 287., jedoch nach Analogie der Minderjährigen wird ihnen insgemein die hypotheca tacita in bonis administratorum eingeräumt; l. 3. C. de jure reip. (11. 29.) l. 4. ex quibus causis majores (2. 54.), Gmelin Ordn. der Gläubiger S. 289.

Zu 4) Mehrere Rechtsgelehrte entscheiden diese Frage verneinend; s. Gesterding Pfandr. S. 235., Schröter in Linde's Zeitschrift Bd. I. S. 341., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. §. 363., welcher jedoch früher in seinem System des Concurses §. 71. selbst entgegengesetzter Meinung war, v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 386. Anm. 2. Abweichend ist insofern Thibaut System §. 804. (Ed. 8.), als er die dos mit den wegen Verwendung gegebenen Pfandprivilegien in gleichen Rang setzt, folglich in der Concurrenz die Zeit entscheiden läßt, und Meißner stillschweigendes Pfandrecht §. 174. meint wenigstens, es lasse sich nicht mit der nöthigen Evidenz ein so exorbitantes Recht beweisen, daß das Heirathsgut auch älteren privilegirten Pfandgläubigern vorgehen solle. Die Vertheidiger der

verneinenden Meinung berufen sich darauf, daß in der Nov. 97. c. 3 von einer dos antiqua und einem creditor posterior die Rede sey, mithin der Vorgang nur von den jüngern privilegirten Gläubigern ad emendum verstanden werden könne; Dabelow vom Concurs S. 298., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1213., ferner: die Ehefrau habe nach l. 12. C. 8. 18. nur vor allen einfachen, wenn gleich älteren Hypotheken den Vorzug erlangt, und nur ihre Stellung zu den übrigen privilegirten Pfändern sey noch unbestimmt gewesen. Es habe daher die Frage entstehen können, ob die Ehefrau auch den jüngeren ob versionem in rem privilegirten vorgehe, und diese Frage allein sey in der Nov. cit. entschieden worden. Dagegen finden den Vorgang des Heirathsguts selbst vor den älteren privilegirten Pfandgläubigern in den Gesetzen begründet: Sintenis Pfandrecht S. 646., Glück Thl. XIX. S. 268. u. 342., Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 4. §. 22., Malblanc Princ. jur. Rom. P. III. §. 576., Hugo Lehrb. d. Pand. §. 257., Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. II. §. 2051. u. a. m. Diese Meinung gründet sich auf folgende Momente. Justinian hat in der Nov. 97. c. 3. den Grund des vorzüglichen Privilegs, welches er dem Heirathsgut gab, ausdrücklich dahin erklärt: er wolle nicht, daß die Männer mit dem Vermögen der Frau ihre Schulden zahlen, die Gläubiger hätten nicht auf den Brautschatz, sondern auf das Vermögen des Mannes creditirt, — daraus folge aber nothwendig, daß der Brautschatz vor allen andern Gläubigern, welche ihm nicht, wie der creditor militiae aus singulärem Grund vorgesetzt sind, berichtigt werden müsse, und wenn gleich die in Nov. 97. c. 3. gegebene Bestimmung zunächst einen solchen Fall zur Veranlassung hatte, wo die Frau die ältere Gläubigerin, der Darleiher zur Anschaffung oder Erhaltung einer Sache aber der jüngere Gläubiger war, so erhellt doch, daß dieser Umstand nicht als wesentlich für die Bestimmung galt, vielmehr wird auf das Vorhandenseyn anderer Fälle aufmerksam gemacht, wo das Alter dem Privilegium gegenüber nichts bewirkt; scimus quasdam hypothecas, etsi posteriores, ex privilegiis a legibus illis concessis praeponi antiquioribus creditoribus, und nach vieler Ueberlegung — welche doch dann gewiß keine Anstrengung gekostet hätte, wenn die Frage blos über das Zusammentreffen des Heirathsguts mit einer jüngeren privilegirten Hypothek sich hätte erheben lassen — entschließt sich der Kaiser zu der indistincten Bestimmung: volumus, ut, licet quis alterius pecunia agrum emisse, licet quoque domum vel praedium renovasse videatur, talia privilegia mulieribus opponere nequeat; denn, heißt es weiter, ut dos ipsarum

minuatur, nullo modo permittimus. In diesem Sinn fährt der Kaiser im c. 4. l. c. ganz deutlich fort. Hier wird von dem Verhältniß des crediti ad militiam zum Heirathsgut gesprochen, und indem jenem eben so indistinct der Vorzug vor diesem gewährt wird, heißt es: *ut in hac sola specie mulier cedat*; worauf consequent mit den Worten geschlossen wird: mulier *reliquis omnibus* secundum privilegium ipsis a nobis datum praevaleat. Auch in Nov. 109. c. 1. wird der Zweck des Privilegs dahin wiederholt: ut et antiquioribus (mulieres) praeferantur, et meliori loco sint, quanquam tempore vincantur.

Zu 5) Die Beschränkung auf den Fall der Concurrenz mit der Stiefmutter wird von Mehreren aus den Worten der l. 12. §. 1. C. 8. 18.: exceptis videlicet contra novercas etc. geschlossen; s. Dabelow Handb. Th. III. S. 442., Derselbe vom Concurs d. Gläubiger S. 617., Meißner stillschw. Pfandr. S. 434., Löhr im civilist. Archiv Bd. V. S. 290. Man ging nämlich von dem Gesichtspunkt aus: Justinian habe eigentlich nur der Ehefrau das Privileg gegeben, welches gleich anderen juribus personalissimis mit ihrem Tod erlöschen mußte, daher auch im §. 29. J. de act. (4. 6.) das Privileg nur der Ehefrau selbst für ihre Person eingeräumt sey. Concurrirte nun eine zweite Frau, so mußte diese als die jüngere Pfandgläubigerin von selbst nachstehen, so lange nicht mit der Hypothek der noch lebenden Ehefrau ein Vorzugsrecht verbunden worden war. Da dieses aber ertheilt wurde, so mußte sich Justinian bewogen finden, dieses dahin einzuschränken, daß es gegen die Kinder erster Ehe unwirksam seyn solle. Für die Kinder sey also das Privilegium blos als negativ zu betrachten (einem späteren Heirathsgut nicht den Vorzug zu lassen), das der Ehefrau aber als positiv: den Vorzug vor allen älteren Gläubigern zu haben. Dagegen sucht v. Vangerow Bd. I. §. 386. not. 1. No. 2. die l. 12. §. 1. C. 8. 18. dahin zu erklären: daß blos der Stiefmutter in der Concurrenz mit Kindern aus einer früheren Ehe das Dotalprivilegium versagt werde, dagegen an dem Uebergang des Dotalprivilegs auf die erstehelichen Kinder quasi vivente matre nichts geändert sey, wie aus der Nov. 91. unwidersprechlich hervorgehe, verb.: non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium, aut heredibus aut creditoribus, *sed solis filiis*. Dies [nämlich, daß die Kinder allgemein (nicht blos bei Concurrenz mit einer Stiefmutter) Anspruch auf das privilegium dotis haben] ist auch die herrschende Lehre; Westphal Pfandrecht §. 82., Erxleben Princ. §. 225., Gmelin Ordnung d. Gläubiger S. 168., Glück Thl. XIX. S. 273., Gesterding Pfandrecht S. 227. §. 30. no. 2., Seuf=

fert Erörter. Bd. II. S. 131., Tigerström das Dotalrecht Bd. II. S. 403., Fritz Erläuterungen Bd. II. S. 505., v. Kamptz Revision der Lehre vom Uebergang des Brautschatz=Privilegiums auf Descendenten der Ehefrau, Berlin 1811., Erkennt. d. O.=A.=Ger. in Cassel in Strippelmann's Sammlung Thl. IV. Abth. 1. S. 282. [Sintenis Pfandr. S. 634 ff., v. Keller Pand. §. 205. Anm. 7., Windscheid Pand. §. 246. Anm. 4., Seuffert's Archiv I. No. 411. II. No. 263. XI. No. 20. 21.]

Zu 6) Mehrere Rechtsgelehrte halten die jüdischen Ehefrauen nicht für ausgeschlossen; sie sagen: da es in der l. 8. C. de Judaeis heiße: Judaei communi Romano jure viventes in his causis, quae ad forum et leges et jura pertinent, adeant solemni more judicia, omnesque Romanis legibus conferant et excipiant actiones, so habe die Nov. 109., welche alle Häretiker von dem beneficium dotis ausschließt, nicht die Juden darunter begreifen oder verstehen können, auch gehe die Absicht der Nov. cit. blos auf Verhütung der Abtrünnigkeit vom christlichen Glauben, folglich könne sie blos von den zur jüdischen Religion übergegangenen christlichen Frauenspersonen verstanden werden. Allein betrachtet man das Gesetz unbefangen, so scheint durch die letztere Auslegung etwas hineingetragen, was nicht wirklich darin liegt, und das erste Argument könnte, wenn die Ausdehnung der l. 8. cit. auf Privilegien zulässig wäre, doch blos zur Rettung derjenigen Privilegien dienen, welche die Ehefrauen vor Justinian schon hatten. Es ist sowohl iu der praefat. als in cap. 1. der Novelle 109. auf das Bestimmteste ausgedrückt, daß Justinian sein Privileg auf christliche Ehefrauen beschränken wollte, folglich kann man nicht mit Gesterding Pfandrecht S. 229. und Ausbeute von Nachforschungen Thl. III. S. 209. darüber disputiren wollen, ob Justinian die Juden zu den Ketzern gerechnet habe. Da h. z. T. die Kirchenverfassung des ehemaligen römischen Rechts nicht mehr besteht, so müssen nunmehr Landesgesetze und Verfassung hierüber entscheiden. — Unbestimmt erklärt sich Mittermaier im deutsch. Privatr. Bd. I. §. 117. S. 323. (Ed. 6.): „wo nicht besonders das Particulargesetz oder der Local=Gerichtsbrauch die privilegia dotis der jüdischen Ehefrau entzieht, oder wo das Landesgesetz den recipirten Juden alle gemeinen Privatrechte verliehen hat, darf man wohl an der Anwendung der römischen Vorschrift zweifeln." *)

---

*) Für das Königreich Bayern entscheidet das Gesetz v. 29. Juni 1851 „In allen Beziehungen, namentlich das eheliche Güterrecht und das Erbrecht

Die Schriftsteller des gemeinen Rechts sind übrigens getheilt nämlich:

a) solche, welche der jüdischen Ehefrau das privilegium dotis ganz versagen; s. Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. III. S. 104., Th. XCVI. S. 68., Struben rechtl. Bed. Th. III. no. 68., Pufendorf T. I. Obs. 208., nach deren Zeugniß diese Meinung beim vormaligen Reichskammergericht und dem Celle'schen Obertribunal angenommen war [ebenso das O.-A.-G. zu Celle, s. Mag. f. Hannövr. R. II. S. 441. und Seuffert's Archiv VIII. No. 115.], Glück Thl. XIX. S. 119., Biener D. de jure regio recipiendi Judaeos Judaeorumque in Saxonia Elector. jur. et obligat. §. 7. pag. 39. not. 5., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XX. tit. 2. §. 23., Walch Progr. de privil. dotis Judaeae. Jen. 1785., Runde Commentat. de historia indole ac vi remedior. securitatis §. 43., Meißner stillschw. Pfandrecht S. 395., welch' Letzterer jedoch dann, wenn die jüdische Ehefrau blos mit Gläubigern jüdischer Religion concurrirt, keinen Anstand findet;

b) solche, welche es ihr unbedingt gestatten; Senckenberg D. de jur. ac. privil. dotium. Giess. 1729., Königke Pr. de jur. ac. priv. dot. Lips. 1733., Ziegler D. de jur. Judaeor. c. 5. §. 18., Beck Tr. de jur. Judaeor. c. 7. §. 22. c. 14. §. 5. de Balthasar de classificatione cred. P. II. Sect. II. Class. 2. p. 51., Gazert Tr. de Judaeor. in Hassia praecipue Darmst. jurib. et obl., Klüber kleine juristische Bibliothek St. 4. S. 485., Gmelin Ordnung der Gläubiger S. 162., Dabelow vom Concurs der Gläubiger S. 247., Köchy Meditt. Bd. I. S. 84., Malblanc Princ. jur. Rom. §. 574., Gründler Polemik d. german. Rechts Thl. I. S. 176., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. VII. §. 643., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Thl. I. S. 218. Thl. VI. S. 208., Kapff Würtemberg. Rechtssprüche Bd. I. S. 413.

Zu 7) Zwar wird der putativen Ehefrau von einigen Rechtsgelehrten das privilegium dotis abgesprochen, indem sie ihr lediglich eine condict. sine causa ohne einiges Pfandrecht einräumen, Lauterbach Coll. th. pr. Paud. Lib. 20. tit. 2. §. 24., Meißner v. stillschw. Pfandr. §. 157., oder auch ihr nur ein einfaches Pfandrecht zugestehen,

---

betr., kommen für die israelitischen Glaubensgenossen die für die Christen geltenden Civil- und Prozeßgesetze in Anwendung."

s. Gmelin Ordn. d. Gläubiger S. 161. Diese Meinung stützt sich vornehmlich auf l. 1. §. 4. D. pro dote (41. 9.). Auch ist allerdings der Satz unbestreitbar: nulla dos sine matrimonio; allein da hier doch eine bona fide geschlossene und vollzogene Ehe vorliegt, und das öffentliche vernichtende Hinderniß in den meisten Fällen dispensabel ist, so wirkt nach der herrschenden Lehre die Vernichtung einer solchen Ehe nicht rückwärts, diese behält vielmehr — vorausgesetzt der bona fides — alle civilrechtlichen Wirkungen. Vergl. Bd. I. §. 50. S. 534., Erxleben Princ. de jure pign. §. 72., Hofacker Princ. jur. civ. §. 1181., Dabelow v. Concurs d. Gläubiger S. 245., Malblanc Princ. §. 574., Schott Eherecht §. 138., Boehmer J. E. P. Vol. IV. Lib. 4. tit. 17. §. 38.

In Ansehung der Braut theilen sich eben so viele Meinungen. Auch ihr erkennen das stillschweigende Pfandrecht zu: Bachov Lib. IV. c. 13. no. 4., Cocceji jus controv. Lib. 20. tit. 2. qu. 7., Feuerlein Comm. de privil. dotis sponsae compet. Helmst. 1772., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 41. (Ed. 3.), Dabelow vom Concurs S. 243., Zoller Obs. singulares circa dotem obven. §. 5. Nur ein persönliches Privilegium gestehen ihr zu: Meißner a. a. O. §. 156., Gmelin Ordn. der Gläubiger S. 161., Lauterbach de tacito pign. §. 14., Erxleben l. c. §. 71., Hofacker l. c. §. 1181., Malblanc l. c. §. 574., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 5. §. 4., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 3., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 20. tit. 2. §. 8., Carpzov Jurispr. for. P. II. const. 24. Def. 5., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 31. Die Gründe der verneinenden Meinung stützen sich, weil Justinian bei seinem Privilegium durchaus nicht der Braut erwähnt hat, hauptsächlich auf das Princip, daß jura singularia nicht auszudehnen seyen, und daß auch die Gründe der vorzüglichen Begünstigung der Ehefrau, wie sie in l. 12. §. 1. C. 8. 18. hervorgehoben sind, bei weitem nicht in demselben Maaß und Umfang bei der Braut obwalten, welche überdem als solche noch nicht einmal in rechtlicher Nothwendigkeit dotem zu inferiren sich befunden hat, wie die Ehefrau. — Dagegen kommt in Betracht, daß gleichwohl auch die Braut mit der Ehefrau rücksichtlich der dos ganz gleich gehalten war, so lange nach dem Pandectenrecht die letztere nur ein persönliches Privilegium hatte, s. l. 17. §. 1. l. 19. pr. D. 42. 5. — l. 74. D. 23. 3., und deshalb, argumentiren die Anhänger der bejahenden Meinung, müsse die früher gesetzlich statuirte Parität der Fälle fortwährend gelten; denn daraus, daß Justinian in seiner l. un. C. de rei uxoriae act. in ex stipulatu act. transfusa (5. 13.) den Fall mit Stillschweigen

übergangen hat, da die dos schon vor der Hochzeit übergeben und bei nicht erfolgter Ehe zurückzufordern war, folge keineswegs, daß das bisherige Princip, wonach sogleich mit der datio dotis das privileg. repetendae dotis verbunden war, aufgehoben sey, vielmehr sage Justinian leg. cit. §. 16. et generaliter, quicquid sacratissimis constitutionibus vel libris prudentium cautum est, quod non contrarium huic legi inveniatur, et hoc in sua maneat firmitate.

Zu 8) Meißner vom stillschw. Pfandrecht §. 163. will dieses Privileg auf ausstehende Capitalien beschränkt wissen, weil in l. 11. C. 5. 14. nur von diesen die Rede ist; allein unius positio non est alterius exclusio, während nur jenes Gegenstand und Zweck dieses Gesetzes war, folglich Anderes unberührt bleiben konnte. Der Praxis ist daher solche Einschränkung fremd geblieben; Westphal Pfandrecht §. 93., Hofacker Princ. §. 1181., Dabelow vom Concurs S. 245. u. 627., Malblanc Princ. §. 574., Leyser Sp. 226. Med. 7., Gmelin Ordn. der Gläubiger Kap. 4. §. 20. S. 277., Pufendorf T. I. Obs. 207.

Zu 9) Die Gesetze enthalten davon nichts, weshalb Meißner a. a. O. §. 166. den Richter nicht für befugt hält, ein solches zuzuerkennen; dagen folgern Andere das gleiche Recht des Ehemannes aus dem in l. un. C. 5. 13. angenommenen Grundsatz der Gleichheit der gegenseitigen Rechte zwischen Mann und Frau; Westpal Pfandrecht §. 91., Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 2.

Zu 10) Darüber, daß das Darlehn vor Vollendung des Baues gegeben seyn müsse, daher nicht stattfinde, wenn nach vollendetem Bau zur Bezahlung der Baukosten dargeliehen worden ist, herrscht kein Zweifel. Auch darüber, daß das Privilegium nicht auf solche auszudehnen sey, welche Arbeiten oder Materialien creditirt haben, wie außer einigen älteren Rechtsgelehrten auch Gmelin Ordn. der Gläubiger Kap. 5. §. 104. und Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1178. statuirten, sind die Neueren einig; s. v. Madai in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. H. 3. S. 101., Erk. des O.=A.=G. in Jena in Seuffert's Archiv Bd. II. S. 337. Wenn aber Geld hergeliehen wurde, so genügt es nicht, daß dasselbe wirklich zum Bau verwendet worden ist, vielmehr ist es nothwendig, daß es ausdrücklich dazu aufgenommen und gegeben worden sey, s. Dernburg Pfandr. I. S. 318; aber

a) genügt dieses auch schon, oder muß überdem die wirklich erfolgte Verwendung bewiesen seyn? Dieser Beweis scheint zwar nicht minder nöthig und wird ausdrücklich erfordert von Voet

Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 2. §. 28., Glück Thl. XIX. S. 36. und den von ihm citirten Schriftstellern Dabelow, Meißner, Hufeland, Thibaut u. A., weshalb es für räthlich erachtet wird, daß sich der Darleiher die mit seinem Gelde bezahlten Bau-Conti behändigen lasse. Allein immerhin scheinen die Schwierigkeiten eines stricten Beweises unüberwindlich, nachdem das Geld des Darleihers mit dem eigenen Gelde des Erbauers vermischt worden und nicht mehr erkennbar ist, daher von den Meisten die Gleichzeitigkeit des Baues mit der Darlehnsaufnahme als Wirklichkeit der Verwendung anerkannt wird; s. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. S. 455., Gmelin Ordn. der Gläubiger S. 140., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 5. §. 5. not. 1., Lauterbach de legali s. tacita hypotheca th. 60., Gesterding Pfandrecht S. 138., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 169., Mackeldey Lehrb. des h. R. R. §. 314., Göschen Vorlesungen Thl. II. §. 339. [Dernburg a. a. O. leugnet das Erforderniß wirklicher Verwendung schlechthin]. Dagegen muß in einem Concurrenzfall mehrerer Darleiher zum besagten Zweck derjenige, welche nur beweisen kann, daß sein Geld zu demselben gegeben und genommen worden sey, zurückstehen, wenn ein Anderer beweist, daß das seinige nicht nur dazu gegeben, sondern auch wirklich dazu verwendet worden sey; v. Madai in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 109.

b) Steht das Privilegium auch denjenigen zu, welche blos zu Haus-Reparaturen Geld geliehen haben? Gewöhnlich wird dies verneint, weil das Gesetz restitutio aedium, nicht aber refectio voraussetzt, s. die Lehrbücher von Thibaut, v. Vangerow, Puchta, v. Wening-Ingenheim, Madai a. a. O. S. 103., Göschen Vorlesungen Thl. II. §. 339. u. A. [Seuffert's Archiv XII. No. 253.]. Es scheint hier aber wohl nur auf eine vernünftige Bestimmung beider Begriffe anzukommen. Indem es nämlich ungereimt schiene, zu verlangen, daß der Besitzer eines baufälligen Hauses dasselbe erst völlig müsse einstürzen lassen, um die Erleichterung des ihm nöthigen Credits durch das Pfandprivilegium zu erlangen, muß man es wohl eben so gut für restitutio und nicht blos für refectio aedium gelten lassen, wenn der Hausbesitzer einen Theil seines Hauses abtragen läßt, und in solider Weise wieder herstellt, um dem drohenden Einsturz zuvorzukommen. Der Grund des Privi

legiums, quia salvam facit conditionem prioris creditoris, scheint uns nicht immer blos auf einen Neubau beschränkt werden zu können; Glück Thl. XIX. S. 33. und die von ihm angeführten Autoren, Sintenis Pfandrecht §. 33. S. 299., Zirkler Revision der wichtigsten Lehren Thl. II. S. 202., Hufeland Lehrb. des Civilr. Bd. I. §. 801. [Dernburg a. a. O. versteht restitutio nur vom Wiederaufbau, da der Eigenthümer die geringeren für Reparatur erforderlichen Summen leicht erhalten werde.]

c) Wenn von einem bereits dem A. verpfändeten Gebäude ein Seitenflügel abgebrannt ist, zu dessen Wiederherstellung B. Geld gegeben, und vermöge seines Privilegiums dem A. vorgeht, kann er, da der Flügel vom Hauptgebäude unzertrennlich ist, zugleich auf den Verkauf des letzteren dringen, welcher vielleicht für den A. einen Verlust an seinem Capital herbeiführt? Es ist wohl gegen die v. Madai a. a. O. S. 91. dagegen erhobenen Zweifel mit Sintenis Pfandrecht §. 33. S. 99. anzunehmen, daß er daran nicht gehindert werden könne, doch müsse der Werth des Nebengebäudes durch dessen Schätzung besonders ausgemittelt und nach dem über oder unter der Schätzung des ganzen Inbegriffs von Gebäuden ausfallenden Kaufpreis verhältnißmäßig der für das Nebengebäude berechnet werden.

d) Zu der von Dabelow vom Concurs der Gläubiger S. 199. und Schweppe Röm. Privatr. II. §. 349. versuchten Einschränkung des Privilegiums auf Wohngebäude ist kein gesetzlicher Grund aufzufinden; v. Madai a. a. O. [Dernburg a. a. O., Fabrikgebäude, Magazine, Scheunen].

e) Nicht außer allem Zweifel ist die Frage, welche von praktischem Interesse ist, wenn ein mit fremdem Gelde wieder hergestelltes Gebäude abermals einstürzt, ob das privilegirte Pfandrecht auch die area ergreife? Die meisten älteren und neueren Rechtsgelehrten bejahen die Frage nach l. 19. §. 6. D. de legat. III. (32.) — l. 21. D. 13. 7. — l. 29. §. 2. D. 20. 1. und bei einem vertragsmäßigen Pfandrecht bezweifelt es auch v. Madai a. a. O. S. 95. nicht, glaubt aber bei einem gesetzlichen Privileg, vermöge der Regel der stricten Interpretation, daß dieses nur das Haus afficiren könne, wogegen aber einzuwenden seyn möchte, daß auch die Gesetzgeber kein Haus ohne Grund gedacht haben; jus soli sequitur aedificium, est enim pars ejus l. 21. cit

[Auch nach Dernburg a. a. O. S. 320. bleibt das einmal begründete Pfandrecht.]

f) Darüber, wann dieses privilegirte Pfandrecht beginne, sind die Rechtslehrer verschiedener Meinung. Einige datiren den Anfang auf den Zeitpunkt des abgeschlossenen Darlehns; s. Zimmern in Schunk's Jahrb. der jurist. Literatur Bd. II. S. 248., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 424.; Andere auf den Zeitpunkt der Vollendung des Baues, indem sie den Anfang des Pfandes mit der materiellen Realisirbarkeit desselben indentificiren, s. Hepp im civilist. Archiv Bd. X. S. 274., Schilling Institutionen §. 212., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 376. no. 2., und wieder Andere auf den Moment, da die Verwendung erfolgte; s. Thibaut Pand. §. 788. (Ed. 8.) — v. Madai a. a. O. S. 127. stimmt der ersten der hier vorgetragenen Meinungen bei [ebenso Dernburg a. a. O. S. 320.: Auszahlung des Darlehns]. v. Madai bemerkt, die materielle Realisirbarkeit des Pfandrechts dürfe nicht mit dessen juristischem Anfangspunkt verwechselt werden, welcher nicht allein von dem Existentwerden des Pfandobjects, sondern zugleich von dem Alter der Forderung abhängt, welche durch das Pfandrecht geschützt werden soll. Sind nun mehrere credita in restitutionem aedificii von Seite mehrerer Darleiher vorhanden, so tritt zwar die Möglichkeit ihrer Realisirung für sie gleichzeitig erst durch den Wiederaufbau des Hauses ein, aber ihr gegenseitiges Rangverhältniß müsse sich nach dem Alter der Forderungen richten. Dagegen ist aber von Sintenis prakt. Civilr. Bd. I. §. 80. I. 1. bemerkt, daß, wenn von verschiedenen Gläubigern unter gleichen Umständen wiederholt Darlehen der Art aufgenommen worden sind, selbst das jüngere dem älteren Pfandrecht vorgehe. Es scheint daher die richtigste Ansicht von Sintenis a. a. O. Anm. 9. dahin ausgesprochen zu seyn, daß der Anfangspunkt dieses Pfandprivilegiums mit dem Begriff der anhebenden Verbesserung als Object — im Vergleich zum früheren Zustande vor Beginn des Baues — gleichzeitig zu stellen sey.

Zu 11) Hier geht der spätere dem früheren Gläubiger vor, weil jener auch diesem genützt hat; Schweppe System des Concurses §. 70., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 387. Anm. 2., Sintenis prakt. Civilr. Bd. I. §. 80. S. 657 (der 2. Aufl.).

Zu 12) Unbestritten ist vermöge der Nov. Leonis l. 11. C. 8. 18.

der Vorgang der öffentlichen Unterpfänder (solcher nämlich, welche durch Constituirung vor dem competenten Gericht oder durch gerichtliche Handlungen bewiesen sind, welchen auch Notariatsacte, welche unter Beiziehung der erforderlichen Anzahl von Zeugen errichtet und von ihnen mit unterschrieben sind, gleich gelten) vor allen Privathypotheken ohne Rücksicht auf das Alter. Uebrigens ist, abgesehen von der Verschiedenheit der Meinungen,*) deren Auseinandersetzung (s. Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 119., Gesterding Pfandrecht §. 32. und Nachforschungen Bd. II. S. 449., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. VI. S. 150., Windscheid Lehrb. I. §. 245., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 387. und die dort angeführten Schriftsteller) hier zu weit führen und bei der Mannichfaltigkeit der Gesetzgebungen einzelner deutscher Länder wenig Nutzen gewähren dürfte, als herrschende Lehre mit Glück Thl. XVIII. S. 278. Thl. XIX. S. 230. u. 247. anzunehmen, daß die Nov. Leonis eigentlich keinen Unterschied zwischen öffentlichen und Privathypotheken, sondern eine Vorschrift über den Urkundenbeweis bei Hypothekrechten festsetze. Insgemein ist daher angenommen: will Jemand sein Hypothekrecht durch Urkunden beweisen, so geht diejenige Hypothek, welche durch eine öffentliche Urkunde constatirt ist, jeder andern vor, welche sich nur in einer Privaturkunde gründet. Es ist aber nicht, wie Boehmer D. de diverso pignoris et hypothecae jure cap. I. §. 8. in Exerc. T. III. no. 58. dafür hält, nothwendig, daß eine Hypothek, um als eine öffentliche zu gelten, gerade durch eine öffentliche Urkunde constituirt werde. Ist sie vor zwei Zeugen errichtet, so gilt sie auch als eine öffentliche Handlung, und hat denselben Vorzug, wie die in einer öffentlichen Urkunde errichtete Hypothek; s. Bolley a. a. O. §. 122., Glück Thl. XVIII. S. 289. Thl. XIX. S. 230. u. 247., v. Vangerow a. a. O.

In Ansehung des Rechtsgeschäfts, an welches ein Pfandrecht geknüpft ist, mag es immerhin ganz gleich gelten, ob dieses publice oder privatim errichtet wurde, hier gelten blos die gemeinen Beweisregeln; daher nur da, wo das Pfandrecht selbst durch Convention erzeugt wird, die Oeffentlichkeit wesentlich ist, um gegen den Schuldner nicht allein, sondern auch gegen Dritte das Pfandrecht zu begründen, wogegen gesetzliche, prätorische und judicielle Pfänder mit

*) Vielen Stoff zu Discussionen gibt hier die Frage: liegt der Grund des Vorzuges öffentlicher Unterpfänder in der Sicherheit des Datums oder darin, weil Privaturkunden nicht gegen einen Dritten beweisen, oder überhaupt in einem Vorzug der Oeffentlichkeit vor der Heimlichkeit?

allen Conventionalpfändern, ohne weiteren Unterschied, nach dem Alter concurriren; Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Abthl. I. S. 105., Dabelow vom Concurs S. 312., Bolley a. a. O. S. 28. §. 119., Thibaut System §. 805., Gmelin a. a. O. §. 108., Gesterding a. a. O. S. 252., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 395., Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht Thl. I. S. 85.

In Betreff der privilegirten Unterpfänder müßte man nun consequent behaupten, daß ihnen ihr Vorzug vor einem gewöhnlichen Pfandrecht blos deswegen, weil dieses in einer öffentlichen Urkunde bestellt ist, nicht streitig gemacht werden könne, wenn nur das Geschäft, mit welchem der Gesetzgeber das Privilegium verbunden hat, gehörig bewiesen wird, und dies um so mehr, weil es ja bei dem privilegirten Unterpfand gar nicht auf den Altersbeweis ankommt. Leo hat ja in der l. 11. C. qui pot. in pign. (8. 18.) blos den Vorzug bestimmen wollen zwischen Gläubigern, die um das Alter und das aus diesem entspringende Vorrecht streiten; hingegen diejenigen Pfandrechte, welche mit einem besonderen Vorzug versehen sind, liegen gänzlich außer der Sphäre des Gesetzes; s. Gesterding Ausbeute rc. Thl. II. S. 455., vergl. jedoch v. Vangerow a. a. O. und die Recension über Gesterding's Pfandrecht in den Heidelberger Jahrbüchern v. J. 1817. S. 634. Demungeachtet gehen, weil hier die Hypothek sich gewissermaßen mit dem Geschäft selbst identificirt, die Meinungen der Rechtsgelehrten meist dahin, daß auch sie durch ein öffentliches Document bewiesen werden müssen, um nicht den öffentlichen Hypotheken nachzustehen; z. B. wer zur Erkaufung einer Sache Geld leiht, und sich dafür eine Hypothek bestellen läßt, muß dies durch eine öffentliche Urkunde thun; Bolley a. a. O. §. 119., Glück Thl. XVIII. S. 292. Thl. XIX. S. 247.

Zu 13) Es geht derjenige vor, welcher im Besitz des Pfandes ist; l. 10. l. 16. §. 8. D. 20. 1. Ist keiner im Besitz, so geht derjenige, welcher eine bestimmte Zeit der Pfandconstituirung nachweisen kann, demjenigen vor, welcher gar keine Zeit darthun kann, Glück Thl. XIX. S. 331., Thibaut System §. 806., Leyser Vol. 7. Sp. 486. Med. 8., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 319., und wenn keiner von beiden eine Zeit nachweisen kann, so concurriren sie pro rata ihrer Forderungen; l. 16. §. 8. D. 20. 1. — Glück a. a. O., vergl. l. 20. §. 1. D. 13. 7. — l. 1. §. 1. D. 43. 33. [Richtiger unterscheidet Arndts Pand. §. 383., ob die Pfandgläubiger in einer Gemeinschaft stehen, oder jeder sein Pfandrecht unab-

hängig vom Anderen hat; erstrenfalls tritt Ratentheilung ein, aber letzternfalls entscheidet die Prävention der Ausübung.]

Zu 14) Bei den prätorischen Unterpfändern gibt das Alter alsdann keinen Vorzug, wenn ein Immittirter mit einem Andern derselben Art concurrirt; Thibaut System §. 806. — l. 11. §. 1. D. 36. 4. — l. 15. §. 15. D. 39. 2. — l. 1. §. 16. D. 37. 9. — l. 12. pr. D. 42. 5. Ihr Verhältniß zu andern Pfandgläubigern richtet sich jedoch nach der allgemeinen Regel. Eine Ausnahme findet nur bei der immissio damni infecti nomine statt; gegen diesen richtete der Hypothekgläubiger mit seiner Pfandklage anders nichts aus, als wenn er ihm zuvor die Baukosten erstattet hatte; l. 12. l. 44. §. 1. D. 39. 2. Auch kann ein erst nach der Immission erlangtes Pfandrecht doch dem Immittirten vorgehen, wenn es vermöge einer versio in rem privilegirt ist; l. 5. §. 2. D. 36. 4. — l. 2. C. 8. 18. — l. 3. C. 6. 54. — Glück Thl. XIX. S. 335. Ein pignus judiciale tritt übrigens nicht von der Zeit der rechtskräftig gewordenen Sentenz oder des richterlichen Decrets, sondern vom Vollzug der Auspfändung oder des erlangten Besitzes an in Wirkung; l. 15. §. 2. l. 61. D. 42. 1.

Zu 15) Nur der Miether ist dem gesetzlichen Pfandrecht unterworfen, und davon sind auch die invecta et illata eines Minderjährigen nicht frei, obgleich ein solcher ohne Consens seines Vormunds keine Hypothek giltig bestellen kann, denn wo die Gesetze ein Pfandrecht für irgend ein Rechtsverhältniß verleihen, bedarf es der Einwilligung des Vormunds nicht. Non videtur circumscriptus esse minor, qui jure sit usus communi; Boehmer Introd. in Jus Dig. Lib. 20. tit. 2. §. 8., Cocceji jus controv. ejusd. tit. qu. 15., Walch controv. jur. civ. Sect. II. c. 5. §. 12. pag. 427. Auch die invecta et illata des Aftermiethers unterliegen diesem Pfandrecht. Das juristische Verhältniß ist in der Art aufzufassen: die invecta des Aftermiethsmannes haften dem Aftervermiether stillschweigend wegen aller Forderungen aus der Aftervermiethung, und an diesem Pfandrechte hat zugleich der ursprüngliche Vermiether ein weiteres Pfandrecht, ein sogen. Afterpfand; l. 5. pr. D. 20. 2. — l. 11. §. 5. D. 13. 7. Dagegen gestattet die stricte Interpretation nicht, das Privilegium auch gegen solche Personen geltend zu machen, welchen die Wohnung unentgeltlich eingeräumt war; l. 5. pr. D. 20. 2. Si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit, invecta a me domino insulae pignori non esse, nämlich wenn der Miether mir wiederum das Wohnen unentgeltlich

verstattet, so ist dasjenige, was ich hineingebracht habe, dem Eigenthümer des Gebäudes nicht verpfändet.

Zu 16) In keinem Gesetz ist den Kindern dafür eine stillschweigende Hypothek eingeräumt, sondern nur wegen des Brautschatzes ihrer Mutter nach l. 6. §. 2. C. 6. 61., welche in Praxi nicht nur bona materna, sondern auch materni generis in sich begreift. Die stillschweigende Hypothek in dem Vermögen des Vormunds läßt sich nicht hierher ziehen, weil der Vater nicht in dieser Eigenschaft, sondern kraft der väterlichen Gewalt das Vermögen seiner Kinder in Händen hat, welche ihm viel freiere Befugnisse gewährt, als ein Vormund hat; s. Boehmer J. E. P. Tom. III. Lib. 3. tit. 42. §. 47., Leyser Sp. 166. Med. 2. §. 3., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. S. 65., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. no. 486., Thomasius D. de hyp. propter pec. lustr. §. 6. Jedoch erachtet Claproth Einl. in sämmtl. summarische Prozesse S. 596. ob paritatem rationis et utilitatem publicam die erweiterte Anwendung des Privilegs für zulässig; vergl. Struben rechtl. Bedenken Bd. III. no. 54.

Zu 17) Gmelin in der Ordnung der Gläubiger Kap. 3. §. 7. glaubt dies in Ermangelung eines Gesetzes verneinen zu müssen. Allein l. 7. D. 20. 4. macht keinen Unterschied, von wem etwas mit dem Gelde eines Pupillen erkauft sey, sondern gesteht ein Pfandrecht überhaupt zu, si ex nummis pupilli fuerit res comparata, und eben so l. 3. D. 27. 9. Da nun aetas pupillaris den Gesetzesgrund ausmacht, so darf wohl auch das noch in väterlicher Gewalt, aber in pupillari aetate befindliche Kind darunter begriffen und sein Pfandrecht gegen den Vater, wie gegen einen Andern geltend gemacht werden; v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. II. no. 50. S. 185.

Zu 18) Mehrere Rechtsgelehrte erachten Alles, was der Pachter mit Wissen des Gutseigenthümers einbringt,*) dem stillschweigenden Pfandrecht**) des letzteren unterworfen; s. Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 20. tit. 2. §. 104. Dies kann aber nur von dem Falle verstanden werden, wenn im Pachtvertrag gewisse inferenda, ut

*) Man hat auch in Ansehung des Pfandrechts des Vermiethers einer Wohnung an den eingebrachten Vermögensgegenständen des Miethers die Frage aufgeworfen, ob darunter auch die eingebrachten Schuldbriefe begriffen seyen? Der Gerichtsbrauch verneint sie und versteht das stillschweigende Pfandrecht nur von eingebrachten Sachen. Unkörperliche Rechte können nicht eingebracht werden; Lauterbach Coll. th. pr. Lib. XX. tit. 2. §. 116., Gesterding Ausbeute Thl. IV. Abthl. 1. S. 32.

**) [s. dazu Bachofen Pfandr. S. 21., v. Vangerow Pand. I. §. 372. Anm. 1. und Dernburg Pfandr. I. S. 312.]

ibi perpetuo sint, bedungen sind; denn nur von einem stillschweigenden Conventionalpfand ist die für jene Meinung angeführte l. 5. C. 4. 65. zu verstehen; vergl. l. 5. §. 1. D. 20. 2. Außerdem gilt die gesetzliche Hypothek nur in Ansehung der erzeugten Früchte, l. 4. l. 7. D. 20. 2., von der Zeit ihrer Perception an, für die aus dem Pachtvertrage selbst entspringenden Forderungen, und ist auch nicht auf dasjenige, was aus dem Erlös verkaufter Früchte angeschafft worden ist, zu erstrecken; s. Meißner stillschw. Pfandrecht §. 71 —73., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 214.

Zu 19) Die verneinende Meinung scheint zwar in l. 42. D. 26. 7. und l. 19. §. 1. D. 42. 5. gegründet, worauf sich Cocceji jus contr. Lib. 20. tit. 2. qu. 2. und Andere beziehen; allein diese Gesetze können wohl nur von dem dem Pupillen gleichfalls beigelegten persönlichen Vorzugsrecht verstanden werden, welches allerdings nicht auf dessen Erben übergeht, was aber bei dinglichen Rechten nicht angenommen werden kann; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 228., Mevii Dec. P. 8. Dec. 393., Struv. Ex. 26. §. 15.

---

§. 128.

5. Von der hypothekarischen Succession.

Bekanntlich ist das jus offerendi, im Gegensatz eines auf beiderseitiger Convention beruhenden Cessionsgeschäfts, das Mittel, um ohne oder auch wider Willen des Andern dessen Hypothekforderung an sich zu bringen und in alle Rechte desselben einzutreten. Bietet nämlich der nachstehende Gläubiger dem vorgehenden die vollständige Befriedigung cum omni causa an, so muß ihm derselbe seine Pfandstelle einräumen. Hierbei hat unter mehreren nachstehenden Pfandgläubigern, welche das jus offerendi ausüben wollen, immer der zunächststehende den Vorzug, l. 16. D. 20. 4. — l. 12. §. 9. D. eod.; einem bloßen Chirographargläubiger ist es jedoch nie gestattet; l. 10. C. 8. 18. — Westphal Pfandrecht §. 172., Glück Thl. XIX. S. 355. Der schwächer berechtigte Pfandgläubiger kann aber das jus offerendi gegen was immer für einen bevorzugten Gläubiger ausüben, selbst wenn der Schuldner das Pfand demselben bereits an Zahlungsstatt überlassen, l. 1. C. 8. 20., und auch wenn der vorgehende Gläubiger das Pfand dem zweiten Gläubiger verkauft hat, kann der Schuldner

ihm Abfindung anbieten; l. 6. D. 20. 5. Es ist ihm auch gegen den Bürgen, welcher den vorgehenden Gläubiger bezahlt hat, und welchem dagegen das Pfand titulo emtionis von Jenem überlassen worden ist, eingeräumt; l. 2. D. 20. 5. — Gesterding a. a. O. §. 33. S. 269., Glück Thl. XIX. S. 360.*) Zweifelhaft ist es übrigens,

1) ob der nachgehende Gläubiger nun ipso jure in die Stelle des abgefundenen tritt, oder dazu noch einer Cession bedarf?
2) ob auch der vorgehende Gläubiger gegen einen nachstehenden das jus offerendi behaupten kann?
3) Eine besondere Frage entsteht darüber, ob und wie man durch Erlangung eines rechtskräftigen Erkenntnisses in die Pfandstelle eines andern Gläubigers gelangen könne? Man denkt sich den Fall also: es concurriren drei Pfandgläubiger, A., B. und C. Von diesen dreien erstreitet der letzte, C., den Vorgang gegen den ersten, A. Gewinnt er dadurch aber auch das Vorgangsrecht, welches A. gegen den B. hatte?

Zu 1) Mehrere behaupten, daß es einer Cession überall nicht bedürfe, s. Glück Thl. XIX. S. 362., Gesterding Pfandrecht S. 261., oder auch, daß — wenn auch ein creditor tertius vel quartus — doch secundus creditor der Cession nicht bedürfe, Haubold Diss. de jure offerendi Cap. III. §. 1. Andere statuiren, daß der creditor primus zur Abtretung gezwungen und im Fall der Widersetzlichkeit die Cession vom Richter für geschehen angenommen werden könne;

*) Keinen besonderen juristischen Zweifeln sind andere Arten, um in die Stelle eines andern Pfandgläubigers zu gelangen, ausgesetzt; z. B. wenn ich dem Schuldner das Geld zur Abfindung eines Pfandgläubigers nicht nur unter der Bedingniß eines Pfandrechts überhaupt, sondern insonderheit des Eintritts in die vom vorigen Gläubiger inne gehabte Stelle leihe; l. 12. §. 8. u. 9. D. 20. 4. — l. 3. D. 20. 3. — l. 1. C. 8. 19. Einige behaupten sogar, daß es schon hinreiche, wenn der Darleiher nur dieses sich beim Schuldner ausbedingt, daß mit seinem Gelde der alte Gläubiger abgefunden werde, Haubold Diss. supra cit. c. 3. §. 2., Bachov de pign. et hyp. Lib. 4. c. 15. pag. 341.; das Gegentheil aber behauptet Gesterding a. a. O. S. 277. Unbestritten tritt auch der Käufer eines mit Hypotheken belasteten Guts von selbst in die Rechte der von ihm bezahlten Hypothekgläubiger ein, dergestalt, daß er sich gegen alle, die mit jenen gleiche oder schwächere Pfandrechte haben, schützen kann, wogegen diese kein anderes Mittel haben, als durch Erstattung seines Kaufgeldes sammt Zinsen die Sache an sich zu bringen; l. 3. C. 8. 19. — l. 17. D. 20. 4. — l. 3. pr. D. 20. 5.

s. Westphal Pfandr. §. 175. Daß die Cession in der Regel nöthig sey, wird auch in der Recension der Heidelberger Jahrbücher v. J. 1817. S. 630. über Gesterding's Pfandrecht angenommen. Beide Meinungen dürften sich in einem Mittelpunkt vereinigen lassen. Zur Erwerbung des Rechts wird allerdings Cession nicht nöthig, wohl aber wird zur Vollziehung und Ausübung desselben entweder cessio oder adjudicatio unentbehrlich werden. [Windscheid Pand. §. 233 b. Anm. 4. sagt, der Offerent habe das Recht, das Pfandrecht des vorgehenden ohne Weiteres an sich zu bringen, ohne daß eine Uebertragung von Seiten jenes erforderlich sey.]

Zu 2) Dies ist zwar in den Gesetzen nirgend ausgesprochen, und der Stelle in Pauli Rec. Sent. II. 13. 8.*) will man als einem Fragment vorjustinianischen Rechts vermöge der Vorschrift in l. 2. §. 19. C. de veteri jure enucleando (1. 17.) kein entscheidendes Gewicht beilegen; s. Zimmern in Linde's Zeitschrift Bd. I. S. 54., Linde das. Bd. V. S. 290. Bd. VI. S. 215. Die aufgeworfene Frage wird daher von Mehreren verneint; Becmann D. de succ. cred. in alterius et sui ipsius locum. Goett. 1784. §. 17., Gesterding Ausbeute Thl. VI. Abthl. I. S. 193. Indessen trug schon die Glosse ad l. 1. u. 5. C. 8. 18. kein Bedenken, in dem Fall, wenn der zweite Pfandgläubiger im Besitz des Pfandes ist, auch dem ersten Pfandgläubiger das jus offerendi zuzugestehen, und so neigt sich auch die herrschende Lehre zur Bejahung der Frage in allen Fällen, wo der vorgehende Gläubiger irgend ein rechtliches Interesse dabei haben kann, z. B. um in den Besitz des Pfandes und damit auch zur Ausübung des Retentionsrechts wegen seiner chirographarischen Forderungen zu gelangen. Das vorjustinianische Fragment findet nämlich auch in l. 5. C. 8. 18. einige Bestätigung; denn indem diese Gesetzstelle den ersten Gläubiger nur nicht zur Auslösung des zweiten zwingen läßt, pflegt man daraus den Schluß wenigstens auf seine Berechtigung zu ziehen. Auch ist wohl l. 7. §. 2. u. 3. C. de praescr. 30. annor. (7. 39.) dem nicht entgegen, denn dort ist nicht mehr gesagt, als daß in der Regel nur der nachstehende

*) Diese Stelle spricht allerdings sehr bestimmt: novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere potest. Sed et prior secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior est. Man kann nämlich gewiß nicht die Worte: si voluerit, auf den secundus creditor beziehen, sondern auf den primus creditor, um in ihnen einen angemessenen Sinn zu finden; s. v. Vangerow I. §. 377. Anm. 1.

Gläubiger sich veranlaßt finden werde, vom jus offerendi Gebrauch zu machen; Glück Thl. XIX. S. 355. und die in not. 60. angeführten Schriftsteller, Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 322., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 377. Anm. 1., Leyser Vol. 4. Sp. 231. Med. 6., Müller im civilist. Archiv Bd. XI. S. 386., Schunk Jahrb. der jurist. Literatur Bd. XIX. S. 118., Bopp in Roßhirt's Zeitschr. Bd. I. S. 375., Fritz zu Wening-Ingenheim S. 528. [Neuerdings haben sich auch Sintenis Pfandr. S. 409—416. und Windscheid Pand. I. §. 233b. Anm. 14. gegen die herrschende Meinung erklärt, Letzterer mit Berufung darauf, daß das jus offerendi nur ein Ausnahmerecht sey; v. Vangerow aber auch in der neuesten (7.) Aufl. für dieselbe.]

Bemerkenswerth ist die von Bachofen im röm. Pfandr. Bd. I. S. 500 ꝛc. gegebene Erklärung, welche dahin geht: es bestehen zweierlei Oblationsarten, die eine von Seite des nachstehenden Pfandgläubigers, um in die Stelle des älteren einzurücken; diese kann nur vom nachgehenden gegen den vorgängigen, aber nicht umgekehrt von dem vorgängigen, wenn er zugleich Besitzer des Pfandes ist, ausgeübt werden; die andere die Oblation von Seite eines Besitzers des Pfandes zur Abwendung der gegen ihn gerichteten act. hypothecaria von Seite eines Nichtbesitzers; Paullus in l. 12. §. 1. D. 20. 6. Durch diese Oblation vereitelt jeder dritte Besitzer eine Pfandklage. Geschieht sie von einem nachstehenden Gläubiger, so vereinigen sich in seiner Person zwei Rechte, das jus offerendi und die Oblation gegen die Pfandklage; jenes übt er in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger, diese als Besitzer aus. Zwar scheint er diese nicht nöthig zu haben, weil er durch die Exception der Pfandpriorität gegen jeden Nachfolger geschützt ist; allein es kann ihm doch nach Umständen daran gelegen seyn, den Besitz des Pfandes zu behalten. Dahin allein zweckt diese Oblation auch nach der Westgothischen Interpretation: item prior creditor, licet potior sit in pignore retinendo, si offerat pecuniam, potest apud se pignus retinere.

Zu 3) Man sollte glauben: Nein, weil eine res inter alios judicata dem Dritten nicht zum Nachtheil gereichen kann; dies ist aber nur in einem gewissen Falle ganz richtig und entscheidend. Nämlich, wenn man sich den Fall denkt, daß der im Besitz des Pfandes befindliche nachgehende Gläubiger C. vom vorgängigen Gläubiger A. verklagt und besiegt worden ist, so alterirt dies das Verhältniß des B. gar nicht; denn durch das Erkenntniß, welches A. gegen den C. erlangt hat, ist A. blos von dem Anspruch des C. losgesprochen; dadurch hat

er übrigens kein Prioritätsrecht gegen den B. erlangt, wenn er es nicht schon hatte. Anders ist es aber im umgekehrten Falle, wenn C. gegen A. des Vorgangs halber geklagt und gesiegt hat. Da würde ihm sein gegen den A. errungener Sieg ja gar nichts helfen, wenn ihm nun doch der B. vorginge. Man muß daher nach l. 3. in f. D. 20. 3. dahin entscheiden, daß A. dem B., wenn gleich nicht in eigenem Namen, und nicht kraft des Judicats, doch ex jure primi creditoris, in dessen Stelle er durch das Judicat getreten ist, dem B. vorgehe; Glück Thl. XIX. S. 377. A. M. ist Sintenis Pfandrecht S. 428., s. dagegen v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 377. no. 2., welcher für diesen Fall folgende Rangordnung aufstellt: Wenn Jemand sein Landgut zuerst dem A. wegen einer Schuld von 1000 Thlrn., dann dem B. ebenfalls wegen 1000 Thlrn. und dann dem C. wegen 10,000 Thlrn. verpfändet hat, und der C. hat die act. hypothecaria gegen den A. siegreich durchgeführt, so kommt zuerst der C. für einen Betrag von 1000 Thlrn., dann der B. für 1000 Thlr., hernach wieder der C. für die übrigen 9000 Thlr. und endlich der A. für seine 1000 Thlr. [Vergl. auch Pfeiffer im civilist. Archiv XXXVIII. S. 358 ff., Arndts Pand. §. 387. Anm., Brinz Pand. I. S. 347 ff., Windscheid Pand. I. §. 247. Anm. 1., welcher letztere Wege angibt, auf welchen der von Vangerow notirte „circulus inextricabilis" abgeschnitten werden könne.]

---

§. 129.

6. Vom beneficium excussionis.*)

1) Steht dem Schuldner in dem Fall, da er seinem Gläubiger, neben der Verpfändung seines gesammten Vermögens, auch ein Specialunterpfand constituirt hat, das beneficium excussionis realis, oder das Recht zu, ihn, wenn er andere Vermögensstücke angreifen will, auf sein Specialpfand zunächst zu verweisen?

2) Steht auch einem dritten Besitzer eines im allgemeinen Pfandnexus verstrickten Vermögensstücks das beneficium excussionis realis zu? Wir denken uns nämlich den Fall so: der Gläubiger hat neben der General- auch eine Specialhy-

*) oder von dem Einwand, der Kläger solle erst versuchen, auf einem anderen Wege seine Befriedigung zu bekommen, bevor er seinen Anspruch an der Sache oder gegen die angegriffene Person geltend mache, daher exceptio excuss. realis u. personalis.

pothek, der Schuldner hat aber einen in der ersteren begriffenen Gegenstand veräußert; kann nun der dritte Besitzer, wenn er vom Pfandgläubiger verfolgt wird, diesen ab- und zur Excussion seines Specialunterpfandes verweisen?

3) Steht dem nachgehenden Pfandgläubiger solches beneficium excussionis realis zu?

4) Steht einem dritten Besitzer eines in der Generalhypothek begriffenen Vermögensgegenstandes die exc. excussionis personalis dahin zu, daß der Kläger zuerst den Hauptschuldner und Bürgen ausklagen müsse? Desgleichen den dritten Besitzer einer speciell verpfändeten Sache?

Zu 1) Bekanntlich steht dem Gläubiger, wenn er blos eine Generalhypothek hat, unbestritten die Wahl unter allen möglichen Befriedigungsmitteln zu, l. 8. D. 20. 5., und zwar in der Maße, daß er auch von einem Object ab- und auf das andere überspringen kann; s. Gesterding Pfandr. S. 345., Mevii Dec. P. 7. D. 183., Pufendorf Obs. jur. univ. T. 4. Obs. 175. Ist ihm aber neben der Generalhypothek eine Spezialhypothek bestellt — deren Object doch schon in jener begriffen war —, so muß dieser Handlung nothwendig eine eigene Bedeutung gegeben werden. Diese findet sich sehr natürlich und einfach in dem Grundgedanken einer stillschweigenden Convention, daß die generelle Verpfändung, in welcher derselbe Gegenstand zum zweiten Male erscheint, nur subsidiär dienen soll, daher der Gläubiger, wenn er sich das jus variandi nicht ausdrücklich bedungen hat, zunächst auf das Specialpfand vom Schuldner verwiesen werden könne; s. l. 9. C. 8. 28. und analog die l. 2. C. 8. 14. In der That ist diese Intention dem Interesse der beiden Theile gleich entsprechend und angemessen.

Andere Rechtsgelehrte*) wollen in der exc. excuss. realis nur ein dem nachgehenden gegen den voranstehenden Pfandgläubiger zustehendes jus singulare erkennen, s. Westphal Pfandr. S. 88., Gesterding Ausbeute Thl. IV. Abthl. 1. S. 42., und indem sie das Fundament einer stillschweigenden Convention im zuerst bemerkten Falle verwerfen, machen sie auch die daraus zu ziehende Folge hinfällig. Es ist aber nicht erwiesen, daß die Gesetze einen so beschränkten Grund

*) Die verschiedenen Meinungen finden sich vollständig aufgeführt in v. Quistorp's Beiträgen S. 154.

für die Verleihung der exc. excuss. realis hatten, daher die meisten Rechtslehrer sich zum Princip der conventio tacita neigen; Cujac. Lib. 3. Resp. Papin. (Op. T. 4. p. 949.). Diese Meinung hat auch Glück Thl. XVIII. S. 246. und 358. adoptirt, und wenn er gleichwohl auf die Autorität Berger's und Haubold's die Bemerkung gründet, daß in der Praxis dem Schuldner die Einrede, daß der Gläubiger sich zuerst an die Specialhypothek halten solle, gewöhnlich nicht gestattet werde, so kann dies wenigstens nicht von den neueren Rechtslehrern gesagt werden, indem deren Mehrzahl nicht mehr sich zu der absoluten Beschränkung des benef. exc. realis auf einen nachgehenden Pfandgläubiger bekennt; s. Thibaut System §. 815. (Ed. 8.), v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 327. u. 334., Zimmern das. Bd. I. S. 47., Weber Versuche S. 119. und 123., Hepp im civilist. Archiv Bd. IX. no. 19., Sintenis prakt. Civilr. Bd. I. §. 76. a. E., Erxleben de pignor. etc. §. 317. Auch Gesterding im Pfandrecht §. 45. wird diesen beigezählt werden dürfen, indem er es zwar nicht den Rechtsprincipien für consequent hält, daß dem Schuldner die exc. excuss. realis eingeräumt werde, aber doch ein gegen die Regel des Rechts eingeführtes beneficium in der l. 9. C. 8. 28. anerkennt.

Neuerlich ist aber selbst unter den Anhängern der eben beschriebenen Ansicht — welcher übrigens immer die Voraussetzung unterstellt ist, daß das Specialunterpfand sich noch in den Händen des Schuldners selbst befinde — wieder eine Discrepanz hervorgetreten. Darüber zwar sind sie Alle einverstanden, daß die dem Schuldner zuzugestehende exc. excuss. realis aus einer im Gesetz anerkannten conventio tacita abzuleiten sey, aber — sagen sie — nicht immer und nicht nothwendig sey diese zu unterstellen. Man könne vielmehr auch annehmen, daß der Gläubiger das Specialunterpfand nur deswegen der Generalhypothek habe beifügen lassen, um diejenigen besonderen Vortheile zu erwerben, welche der letzteren nicht anhängen, sondern nur dem ersteren eigenthümlich sind.*) Deshalb glaubte zuletzt Thibaut im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 25. eine (in der gleichzeitig erschienenen 8. Ausg. seines Systems §. 785. gleichwohl nicht von ihm beibehaltene) Distinction machen zu müssen, welche man schon in Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 1. §. 15. angedeutet findet, und welcher auch v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 389. Anm. 2., Sin-

*) Auf diese macht besonders Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 327. durch eine sorgfältige Zusammenstellung der der Specialhypothek eigenthümlichen Vortheile aufmerksam.

tenis Pfandr. S. 495. Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 908. und Windscheid Pand. I. §. 235. Anm. 24. beistimmen. Ist — sagt man — zur Specialhypothek noch eine Generalhypothek hinzugefügt, dann müsse man allerdings die Intention annehmen, daß der Gläubiger sich an die erstere zunächst zu halten habe; ist aber umgekehrt zur Generalhypothek eine Specialhypothek hinzugefügt, so lasse sich blos annehmen, daß der Gläubiger sich neben jener auch die besonderen Vortheile einer Specialhypothek habe verschaffen wollen. Diese obwohl von Weber in seinen Versuchen S. 121. bestrittene Annahme ist auch in dem Falle gegründet, wenn sich der mit einer stillschweigenden gesetzlichen Hypothek versehene Gläubiger auch eine Specialhypothek constituiren ließ; Leyser Spec. 225. Med. 7.

Zu 2) Auch hier sind die Meinungen verschieden. Man behauptet, daß die exc. excuss. realis dem dritten Besitzer einer in der Verpfändung begriffenen Sache in keinem Gesetze ausdrücklich gegeben sey.*) Zimmern in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 47. hält jedoch dafür: ein Grundsatz, welcher in l. 2. C. 8. 14. zu Gunsten des Schuldners und in l. 9. C. 8. 28. zu Gunsten eines nachgehenden Pfandgläubigers anerkannt sey, müsse auch einem dritten Pfandbesitzer gleicherweise zu Statten kommen. v. Vangerow Pand. I. §. 389. Anm. 2. hält dieses auch für eine richtige Folge, sobald man eine stillschweigende Uebereinkunft als den Grund voraussetzt, warum der Generalhypothek nur eine subsidiäre Bestimmung gegeben sey. Dieser Ansicht können nun freilich diejenigen Rechtslehrer nicht beistimmen, welche in der exc. excuss. nur ein jus singulare der in den Gesetzen bezeichneten Personen erblicken; s. Gesterding Pfandrecht §. 45., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. §. 182. (167.), Mühlenbruch Lehrb. Thl. II. §. 426., Hepp im civilist. Archiv Bd. IX. no. 19., Glück Thl. XVIII. S. 358., Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 829. Indessen hat jene Meinung auch bedeutende Anhänger, s. Hugo Lehrbuch d. h. R. R. S. 123. (Ed. 7.), Schweppe röm Privatr. Bd. I. §. 358., Seuffert Lehrb. d. Pandectenrechts Thl. I. §. 222., Warnkoenig Comm. jur. Rom. priv. T. I. pag. 542., und rechtfertigt sich durch die Vorschrift der Nov. 4. cap. 2. und Auth. hoc si C. de pignor. (8. 14.) hoc si debitor possideat: alio vero possidente inhibetur hypothecaria, donec personaliter actum sit cum reo et intercessore. Auch steht die Nov. 112. nicht entgegen; denn sie be-

*) Auch spricht die Decis. Elector. Sax. VII. v. J. 1746. dem dritten Besitzer den Gebrauch der exc. excuss. realis ab; s. Hellfeld prakt. Beiträge Heft I. S. 64.

schäftigt sich blos mit der hierher nicht gehörigen Frage, ob eine verhypothecirte Sache eine res ligitiosa, mithin dem Veräußerungsverbot unterworfen sey; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 33., Heimbach in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 392.

Zu 3) Daß dem nachstehenden Pfandberechtigten gegen den älteren General- und Specialhypothekanten das Recht zustehe, ihn auf seine Specialunterpfänder zu verweisen, insofern es gewiß ist, daß diese zu seiner Befriedigung hinreichen, ist in l. 2. C. 8. 14. bestimmt ausgesprochen. Analog darf man auch gewiß in dem Falle dem nachstehenden Pfandgläubiger die exc. excuss. realis zugestehen, wenn dem vorgängigen Gläubiger mehrere Specialhypotheken verschrieben sind, und er gerade eine solche angreift, auf welcher eine Nachhypothek constituirt ist, während auf dem anderen Gegenstande keine Nachhypothek haftet; s. Guyet im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 368.*) Bei der Concurrenz des nachfolgenden und vorgängigen Pfandgläubigers ist demnach nur die Beweisfrage zweifelhaft. Das Gesetz verleiht nämlich jenem die exc. excuss. realis nur, si certum

---

*) Derselbe erörtert auch den Fall, wenn auf beiden Pfandobjecten Nachhypotheken ruhen, und entscheidet sich unter Anführung der verschiedenen Theorien und der Prioritätsgesetze Frankreichs, Baierns und Würtembergs dahin: man müsse von dem Princip ausgehen, daß die mehreren Pfandobjecte Eines Gläubigers als solidarisch verpfändet anzusehen seyen, derselbe aber sich bei seiner Wahlbefugniß so benehmen müsse, daß er — unbeschadet seines Interesse — keinen der Nachhypothekanten mehr als den andern und mehr, als es die nothwendige Ausübung seines Vorpfandrechts mit sich bringt, beschädige. Dies wird dadurch bewirkt, daß der erste Hypothekant zwar auf jedes Pfandobject solidarisch mit seiner ganzen Forderung angewiesen, weil er aber dann seine Forderung doppelt bekäme, ihm an jedem Object das Zuviel in dem Verhältniß abgezogen wird, in welchem die Gesammtsumme der beiden Erlöse zum Betrag seiner Forderung steht; z. B. A. hat für 5000 Thlr. die erste Hypothek auf dem Gute T. (dessen Erlös 6000 Thlr. beträgt) und zugleich auf dem Gute Z. (aus welchem 1000 Thlr. erlöst werden). Er würde also, wenn er auf jedes Gut mit seinen 5000 Thlrn. angewiesen würde, 6000 Thlr., mithin 1000 Thlr. oder $^1/_6$ zu viel erhalten. Dieses $^1/_6$ wird ihm nun abgezogen auf

dem Gute T. mit			$833^1/_3$ Thlrn.,
so daß er daraus nur erhält	$4166^2/_3$ Thlr.		
und auf dem Gute Z. aus dessen Erlös zu 1000 Thlrn. mit			$166^2/_3$ Thlrn.,
so daß er aus diesem nur erhält		$833^1/_3$ Thlr.	
	Sa. 5000 Thlr.	1000 Thlr.	

[Gegen diese Guyet'sche Vertheilungsmethode ebenso wie gegen die von Fontenay im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXXVII. S. 170 ff. aufgestellte Theorie vergl. die Ausführungen von Simon ebendas. Bd. XLI. S. 345—392.]

est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum. Deshalb sagt Gesterding a. a. O. §. 45. S. 350.: der nachstehende Gläubiger müsse den Umstand beweisen, von welchem das ihm desfalls zugestandene beneficium excussionis abhängt, wogegen Glück Thl. XVIII. S. 245. in Uebereinstimmung mit Weber in den Versuchen S. 142. dem vorgehenden Gläubiger den Beweis auflegt, daß seine Specialhypothek nach ihrer dermaligen Beschaffenheit zu seiner Befriedigung nicht hinreiche, weil dieser Beweis die Bedingung ausmacht, unter welcher es ihm allein erlaubt sey, den gesetzlichen ordo zu verlassen und mit Uebergehung der Specialhypothek sogleich die Generalhypothek anzugreifen. v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 336. unterscheidet: entweder beruht es auf stillschweigender Uebereinkunft der Parteien, daß der Gläubiger sich nur im Nothfalle an das Generalpfand halten solle, dann muß er die Unzulänglichkeit des Specialpfandes, als den Grund seiner Klage, beweisen, oder er befindet sich im Falle der im römischen Recht zugestandenen freien Wahl, dann muß der Beklagte die Zulänglichkeit des Specialpfandes als Fundament seiner Einrede beweisen.

Einen andern Fall behandelt übrigens l. 2. D. 20. 4. Hier ist von der Concurrenz eines solchen Gläubigers die Rede, welche blos mit einer Generalhypothek versehen ist, mit einem anderen, welchem der Schuldner einen Gegenstand seines im Allgemeinen schon verpfändeten Vermögens zum Specialunterpfand unterstellt hat. Hier kann der letztere den ersteren nicht auf das übrige Vermögen des Schuldners verweisen, wenn er auch aus diesem seine Befriedigung erlangen könnte. Es kann aber auch der Fall seyn, daß der Schuldner noch andere Güter, als die im Allgemeinen verpfändeten, besitzt, oder durch einen späteren Vertrag mit dem ersten Gläubiger dahin übereingekommen ist, daß gewisse Gegenstände von jener Generalhypothek ausgenommen bleiben, oder dem ersten Gläubiger nur subsidiär haften sollen; dann ist, wenn die übrigen Vermögensgegenstände zur Befriedigung des ersten Gläubigers hinreichen, kein Collisionsfall vorhanden, sondern secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quam solus invenietur; l. 2. D. 20. 4. Glück Thl. XVIII. S. 246.

Zu 4) Das beneficium excussionis *personalis* steht unbestritten fest vermöge der Nov. 4. cap. 1. und 2., durch welche Justinian zum Besten derjenigen, welche vom Schuldner einen in seiner allgemeinen Vermögensverpfändung begriffenen Gegenstand erlangt hatten, eine gewisse Ordnung festgesetzt hat, nach welcher der Hypothekgläubiger

mit seinen Klagen vorschreiten muß. Bevor er nämlich den Dritten verfolgt, muß er zuerst den Hauptschuldner und dessen Erben, dann den Bürgen oder dessen Erben ausklagen; dann erst kann er den Besitzer der vom Schuldner und zuletzt den Besitzer der vom Bürgen verpfändeten Sachen in Angriff nehmen. Seuffert's Archiv XIII. No. 85.

Nach der Meinung Einiger soll zwar dem Dritten, welcher durch eine vom Schuldner vorgenommene Veräußerung in den Besitz eines Specialpfandes gelangt ist, die exc. excuss. durch die Nov. 112. wieder entzogen seyn, vergl. v. Löhr im civilist. Archiv XXVI. S. 1. und die in Glück's Commentar Thl. XVIII. S. 372. angeführten Autoren; allein nach der von v. Löhr a. a. O. u. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 389. Anm. 2b. gegebenen einfachen Erklärung liegt dies durchaus nicht im Sinne der Nov. 112., wie auch von Glück a. a. O. und Busch im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 20. anerkannt ist. Die Nov. 112. c. 1. sagt nur so viel, daß, wenn der Schuldner mit einer mit der Hypothek belasteten Sache eine Veräußerung — gleichviel vor oder nach Anstellung der Hypothekenklage — vorgenommen hat, welche der Gläubiger ja nicht verhindern konnte, dieser die verkaufte Sache gegen den Käufer verfolgen kann, bis er wegen der Schuld befriedigt ist; denn die Litigiosität stehe der Veräußerung von Seite des Schuldners nicht entgegen, indem eine Sache dadurch, daß Hypotheken auf ihr ruhen, nicht zur litigiosa werde; der Gläubiger könne also die verkaufte Sache, so lange er nicht wegen der Schuld befriedigt ist, eben so gut verfolgen, als er dies gegen den Schuldner selbst gekonnt hätte, wenn er noch im Besitz der Sache wäre; s. v. Löhr a. a. O., Erk. des O.-A.-G. zu Jena in Seuffert's Archiv Bd. VII. No. 12.

Die Wohlthat der Excussion fällt aber bei dem dritten Besitzer der verpfändeten Sache alsdann hinweg, wenn der Schuldner so wenig als dessen Bürge im Stande ist, den Gläubiger ganz oder zum Theil zu befriedigen, oder wenn wegen ihrer Entfernung der eine wie der andere schwer zu belangen ist; Nov. 4. c. 1.

Zweifelhaft ist es, ob ein Miterbe, welcher sich im Besitz einer vom Erblasser verhypothecirten Sache befindet, und durch Zahlung der auf ihn gefallenen Quote seine persönliche Schuld getilgt hat, nunmehr in Betreff der Schuldquoten seiner Miterben als extraneus oder tertius possessor anzusehen ist, und von der Einrede der Vorausklagung Gebrauch machen kann? Mit Bezug auf die Glosse zur

Nov. 4. c. 1. wurde diese Frage vom O.-A.-G. in Oldenburg verneinend entschieden; s. Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 448.

Die Frage: ob die exc. excuss. personalis aus dem Gesichtspunkte einer Hypotheken-Beschränkung, mithin als Gegenstand des materiellen Rechts, oder als Gegenstand des Prozeßrechts zu betrachten sey, entschied das O.-A.-G. in Jena für das Letztere, nämlich daß nach den Prozeßgesetzen des Gerichts, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist, zu entscheiden sey; s. Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 321. Ueber das beneficium excuss. des Bürgen s. Bd. III. Kap. 18.

---

§. 130.

7. Von den Rechten und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers und des Pfandschuldners.

1) Bekanntlich bleibt der Pfandschuldner, der Verpfändung ungeachtet, fortwährend Eigenthümer der Sache, und deshalb, nächst allen anderen Ausflüssen des Eigenthums, auch zur Veräußerung des Pfandobjects — versteht sich cum onere — befugt, mit Ausnahme jedoch des Falles, da er eine bewegliche Sache zum Specialpfand bestellt hat; denn diese darf er ohne Zustimmung des Pfandgläubigers nicht veräußern, und thut er es, so wird seine Handlung wie ein Diebstahl in den Gesetzen angesehen; §. 14. J. 4. 1. — l. 19. §. 6. l. 66. pr. D. 47. 2. Nun entsteht aber die Frage: ob ungeachtet der Gesetzwidrigkeit der Handlung nicht doch angenommen werden müsse, daß durch die Tradition das Eigenthum der Sache an den emtor bonae fidei übergegangen sey? Ferner

2) ob die Sache durch diese Handlung zur res furtiva im eigentlichen Sinne werde, demnach der Käufer sie auch nicht usucapiren könnte?

2 a) Ist der Pfandgläubiger, welcher die ihm verpfändete Sache einem dritten Besitzer abfordert, diesem zum Ersatz der von demselben gemachten Verwendungen verbunden?

3) Wofür hat der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner in Beziehung auf unversehrte Erhaltung des Pfandobjects zu haften?

4) Bekanntlich ist der Pfandschuldner berechtigt, gegen Zahlung seiner Schuld das Unterpfand zurückzufordern; kann er aber

nicht durch die Einrede des Pfandbesitzers, daß ihm selbst das Eigenthum an der Sache erworben sey, zurückgewiesen werden?

5) Bekanntlich erlangt der Gläubiger durch den Zuschlag noch nicht unwiderruflich das Eigenthum an der verpfändeten Sache, indem dem Schuldner nach den römischen Gesetzen ein zweijähriges Wiedereinlösungsrecht zustand; l. 3. §. 3. C. 8. 34. Was ist nun Rechtens in Ansehung des während dieser Zeit vom Adjudicatar in der Sache gefundenen Schatzes?

6) Was hat der Kläger, welcher mit der hypothekarischen Klage auftritt, zu beweisen? Genügt es, daß er das ihm aus einem rechtlichen Entstehungsgrunde zustehende Pfandrecht beweise, oder muß er auch noch beweisen, daß der Beklagte im Besitz der verpfändeten Sache sich befinde, oder auch, daß der Verpfänder zur Zeit der geschehenen Verpfändung Eigenthümer der Sache gewesen sey?

7) Geht die act. pignoratitia auch gegen den dritten Besitzer des Pfandes? Kann z. B., wenn der Gläubiger das ihm für 100 Thlr. versetzte Pfand an einen Andern für die gleiche Summe verpfändet hat, der erste Schuldner gegen Zahlungserbieten die Zurückgabe des Pfandes von diesem fordern?

8) Auf welchen Voraussetzungen und Erfordernissen beruht das jus distrahendi des Pfandgläubigers?

9) Wie weit gehen die Zuständigkeiten des Pfandschuldners an der von ihm verpfändeten Sache?

Zu 1) Hier muß man wohl gegen Breidenbach D. de pign. per debitorem distract. §. 4. nach aller Consequenz annehmen, daß nur der Schuldner sich dem Gläubiger durch seine Handlung verantwortlich macht, der Käufer aber nichtsdestoweniger Eigenthümer der Sache geworden sey; s. v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 384. not. 1.

Zu 2) Gegen die Statthaftigkeit der Usucapion in diesem Falle scheint l. 49. D. 41. 3. und l. 6. C. 7. 26. zu entscheiden, indem hiernach eine gestohlene Sache nicht eher usucapirt werden kann, als nachdem sie wieder in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen war. Allein in Ansehung der verpfändeten Sache nehmen die Gesetze in der Person des Pfandschuldners potestas domini an. In l. 4.

§. 21. D. de usurpat. (41. 3.) ist nämlich gesagt: si rem pignori datam debitor surripuerit et vendiderit, usucapi eam posse, Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dedit, quamvis cum eo furti agi potest. Ueber die Versuche einer Vereinigung dieser mit den zuvor angeführten Gesetzesstellen s. Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. §. 262. not. 16., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 317. Anm. B. 4a. und Unterholzner gesammte Verjährungslehre §. 68., wo derselbe seine in dem früheren Werke von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz §. 17. aufgestellte Erklärung der l. 4. §. 6. D. de usurpat. et usucap. (41. 3.) zurückgenommen hat.

Zu 2a) In der Regel ist der Pfandgläubiger ebenso zu dieser Vergütung verbunden, wie der vindicirende Eigenthümer, l. 29. §. 2. D. 20. 1. — l. 44. §. 1. D. de damno infecto (39. 2.). Anders ist es jedoch, wenn der Eigenthümer die Sache nach geschehener Verpfändung an einen Andern veräußert hat. Daraus darf dem Pfandgläubiger keine lästige Verbindlichkeit erwachsen; Gesterding Ausbeute Thl. IV. Abth. 2. S. 225.

Zu 3) Die Gesetze gehen zwar von dem Gesichtspunkte aus, daß der Verpfändungsvertrag beiden Contrahenten zum Vortheil errichtet werde, l. 5. §. 2. D. commodati (13. 6.); es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß der Pfandgläubiger culpam levem in committendo vel omittendo prästiren müsse. Wenn Gesterding Pfandrecht §. 28. ihn nicht auch für diligentia verantwortlich zu halten scheint, so steht entgegen, daß nach den vom Pfandrecht speciell handelnden Gesetzen der Pfandbesitzer Alles, nur nicht casus und vis major, prästiren muß; l. 13. §. 1. D. 13. 7. venit autem in hac actione et dolus et culpa ut in commodato. Venit et custodia, vis major non venit; §. 4. J. 3. 15. — l. 19. C. 8. 14. Wer aber custodiam prästiren muß, muß auch omnem culpam prästiren. Der Pfandgläubiger ist zwar dann von Verantwortlichkeit wegen des Unterganges der verpfändeten Sache frei, wenn er sie in einem öffentlichen Aufbewahrungsorte untergebracht hat, l. 9. C. 4. 24., außerdem aber wegen mangelhafter Verwahrung, s. l. 19. C. 8. 14., und wegen der durch Nachlässigkeit herbeigeführten Entwendung in Haftung, l. 5. C. 4. 24. — l. 15. pr. D. 47. 2., sowie auch im Fall gewissenlosen Verzugs. Die l. 15. D. 13. 7. wendet den Grundsatz der Diligenzverbindlichkeit des Pfandbesitzers insbesondere auf den Fall an, da derselbe Servituten auf der Sache hat entstehen lassen; s. Glück Thl. XIV. §. 867. und 868. Vergl. Dernburg Pfandrecht I. S. 151 ff.

Zu 4) Die Analogie der l. 25. C. de locat. et cond. (4. 65.) spricht dafür, daß der Besitz zu restituiren, die Eigenthumsfrage aber ad separatum zu verweisen sey; Gesterding Pfandr. §. 28., Weber Beiträge zu der Lehre von Klagen und Einreden Bd. II. S. 85.

Zu 5) Die Revocabilität des Eigenthums hat die Folge, daß durch Ausübung des Wiedereinlösungsrechts auch der inzwischen gefundene Schatz in das Eigenthum des Verpfänders zurückgeht; l. 63. §. 4. D. 41. 1. Der Abjudicatar kann übrigens schon während der zur Wiedereinlösung offen gehaltenen zwei Jahre aufhören, jure dominii zu besitzen, wenn er während dieser Zeit Zinsen annimmt; l. 2. C. 8. 34.

Zu 6) Wohl darf an dem Allen nichts fehlen, doch muß nicht immer Alles bewiesen werden; z. B. daß der Beklagte noch den verpfändeten Gegenstand besitze, wird, wenn der Beklagte selbst der Verpfänder ist, von manchen Rechtsgelehrten so lange vermuthet, als Kläger nicht das Gegentheil beweist, Hartitzsch a. a. O. S. 297., Kind Qu. for. T. III. Cap. 20. pag. 89 etc., obwohl richtiger mit Glück Thl. XVIII. §. 1085. S. 384. anzunehmen seyn möchte, daß der Kläger im Leugnungsfalle allerdings beweisen muß, daß der Beklagte die Sache besitze, und diesem den Eid darüber zuschieben könne. Daß aber der Kläger auch dieses beweisen müsse, daß der Beklagte zur Zeit der geschehenen Verpfändung Eigenthümer der Sache gewesen sey, kann nur dann behauptet werden, wenn die Klage gegen einen dritten Besitzer der Sache gerichtet ist, nicht aber, wie Faber de error. Pragm. Dec. 63. annimmt, auch dann, wenn die Klage gegen den Verpfänder selbst geht; denn diesem stände ja replica doli entgegen; oder auch, wenn zwei Pfandgläubiger concurriren, welche ihr Pfandrecht von verschiedenen Constituenten herleiten, oder ein dritter Besitzer das, und zwar von einem Andern als dem Verpfänder, erworbene Eigenthum der Sache behauptet. Hier muß der Kläger allerdings außer dem factum der Verpfändung auch noch beweisen, daß sein Verpfänder Eigenthümer gewesen sey; und wenn die Stärke des Beweises auf beiden Seiten gleich ist, so siegt der Besitzer; s. l. 14. D. 20. 4. — l. 23. D. 22. 3. — l. 15. §. 1. l. 18. D. 20. 1. Mehreres hierüber s. Glück a. a. O.

Zu 7) Mehrere Rechtsgelehrte behaupten dieses, s. Mevii Dec. P. V. Dec. 345., Leyser Sp. 155. Med. 5., Struben rechtl. Bedenken Thl. V. no. 70.; allein ihrer Behauptung widerspricht die Natur persönlicher Klagen, zu welchen doch unstreitig die act. pignorat. gehört. Gegen den dritten Besitzer wird daher der erste Pfandschuld=

— nur die Eigenthumsklage anstellen können; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 54. und die dort angeführten Schriftsteller.

Zu 8) Das jus distrahendi des Pfandgläubigers setzt bekanntlich voraus:

a) daß die Forderung fällig sey. — Es genügt, wenn sie auch nur zum Theil fällig ist. Glück's irrige Auslegung der l. 8. §. 3. D. 13. 7. im P.=C. Thl. XIX. S. 383., als dürfte der Gläubiger bei einer auf mehrere Zahlungstermine gestellten Forderung, nach fruchtloser Verstreichung einiger Fristen noch nicht, sondern erst nach Verfluß aller zum Verkauf des Pfandes schreiten, findet sich widerlegt in Sintenis Handbuch S. 506., Fritz Erläuterungen zu Wening S. 456., Wening in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 354., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 349. Anm. sub 1.

b) Liquidität der Forderung kann wohl nicht, wie Glück a. a. O. und Müller in d. civilist. Abhandl. no. 3. dafür halten, als wesentliche Voraussetzung gelten, denn wie v. Vangerow a. a. O. sub 2. dagegen bemerkt, ist in einem darüber erhobenen Prozeß die Forderung als ungegründet erkannt, so ist freilich die geschehene Veräußerung nichtig, aber nicht wegen Illiquidität, sondern wegen Nichtexistenz der Forderung; zeigt sich aber die Forderung als gegründet, so bleibt ungeachtet des Widerspruchs des Schuldners die Veräußerung giltig. Nur darf der Rechtsstreit nicht schon vor der Veräußerung entstanden seyn; l. 1. pr. D. 44. 6. — l. 1. C. 8. 37.

c) Ob mora accipiendi des Gläubigers denselben an der Veräußerung hindere, muß wohl insofern verneint werden, als l. 2. C. 8. 29. ausdrücklich erfordert, daß der Schuldner diesfalls die von ihm geschehene Deposition nachweisen müßte, s. v. Vangerow a. a. O. sub 3. Dagegen wird mora solvendi auf Seite des Schuldners gewöhnlich als Erforderniß behauptet. Wenn auch Sintenis a. a. O. und Wening a. a. O. dies leugnen, so scheinen dabei nur solche Fälle vorausgesetzt zu seyn, wo zwar in facto eine Verzögerung obwaltet, aber doch der Rechtsbegriff der mora mangelt.

d) Unstreitig muß vor Allem der Gläubiger dem Pfandschuldner — wenn auch nur außergerichtlich, s. Sintenis Civilr. Bd. I. S. 643., Glück a. a. O. S. 386. — anzeigen, daß er bei länger ausbleibender Zahlung das Pfand verkaufen werde. Diese Denunciation ist auch dann, wenn für die Zahlung eine

bestimmte Frist festgesetzt ist, ubi dies interpellat pro homine, nichtsdestoweniger nöthig; Glück a. a. O. S. 338., Sintenis Pfandrecht S. 509. Doch steht das verurtheilende richterliche Erkenntniß der Anzeige gleich; Sintenis Civilr. Bd. I. §. 77. II. 2., v. Vangerow a. a. O. Bd. I. §. 379. Anm. sub 4. Nach Justinian's Vorschrift, l. 4. C. 8. 28. — l. 3. §. 1. C. 8. 34., muß der Pfandgläubiger noch 2 Jahre nach geschehener Denunciation mit dem wirklichen Verkaufe zuwarten, was aber freilich nach Gottschalk Disc. for. T. II. pag. 245. und den in not. ii., wie auch von Glück Thl. XIX. S. 389. citirten Rechtslehrern, Stryck, Brunnemann, Berger, Wernher u. A. m., nicht in usu ist. Eine einfache Denunciation ist hinreichend, l. 4. C. 8. 28., ausgenommen, wenn der Gläubiger der Befugniß, das Pfand zu verkaufen, sich ausdrücklich begeben hatte; denn wenn gleich ein solcher Verzicht im Ganzen unwirksam ist, so hat er doch die Wirkung, daß eine dreimalige Denunciation vor dem Verkaufe nöthig ist, l. 4. 5. D. 13. 7. — Gottschalk a. a. O. S. 243., v. Vangerow a. a. O., wobei übrigens bestritten ist, ob dann die 2 Jahre von der ersten oder der letzten Denunciation zu laufen anfangen? v. Vangerow bemerkt, daß gewöhnlich nach Zimmern's Ausführung in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 52. das Letztere angenommen werde, was aber wohl gegen die Grundsätze richtiger Auslegung streite; vergl. Fritz Erläut. S. 408 ꝛc., Sintenis Handbuch S. 510 ff.

e) Hat der Gläubiger mit Nichtbeobachtung eines gesetzlichen Erfordernisses das Pfand verkauft, so ist die Veräußerung nichtig, und der Schuldner kann die Sache vindiciren; l. 7. C. 8. 28. — Glück a. a. O. S. 392., Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852. S. 21.

f) Der Gläubiger muß beim Verkauf des Pfandes, weil er eigentlich im Namen des Pfandschuldners handelt, dessen Interesse in Obacht nehmen, und daher durchaus bona fide verfahren, z. B. das Pfand nicht durch einen Andern für sich kaufen lassen; s. Glück a. a. O. §. 1100. S. 390.; indessen ist es nicht gerade nöthig, daß er den Verkauf gerichtlich bewerkstelligen lasse; Gesterding Pfandrecht §. 23. S. 151., Schweppe röm. Privatrecht Bd. I. §. 286. [Vergl. allg. deut. Handelsgesetzb. Art. 310—312.]

Hat der Pfandgläubiger — wenngleich mit Beobachtung der oben beschriebenen Erfordernisse — das Pfand verkauft, ist aber dabei auf andere Weise mala fide zu Werke gegangen, so kann der Pfandschuldner freilich nicht gegen den Käufer vindiciren, sondern nur einen Entschädigungsanspruch an seinen Gläubiger geltend machen. Ausnahmsweise kann er den Käufer jedoch ebenfalls auf Rescission des Kaufs belangen, wenn dieser gleichfalls in mala fide war; s. Glück a. a. O. S. 393. und noch überhaupt nach der Meinung Mehrerer im Fall der Insolvenz des Gläubigers, vermöge tit. Cod. de distr. pign. 8. 28., v. Vangerow Bd. I. §. 379. sub 6., Müller civilist. Abhandl. no. 3., Sintenis Handb. S. 507.

g) Daß der Pfandgläubiger, wenn er an der erforderlichen Denunciation durch Abwesenheit des Schuldners und Unbekanntschaft seines Aufenthaltes verhindert ist, zu Anrufen der Obrigkeit, öffentlicher Vorladung, Bestellung eines Abwesenheits-Vormunds u. dergl. verpflichtet sey, wie Einige dafür halten, s. Leyser Sp. 232., Sintenis Handb. S. 530., kann wohl nicht mit Grund behauptet werden; l. 3. §. 2—6. C. 8. 34. handeln blos von dem Fall, wenn dem Gläubiger selbst das Pfand zugeeignet werden soll. Entfernt sich der Schuldner, ohne zu zahlen, sorgt aber nicht dafür, daß die Privatdenunciation ihn erreichen kann, so gibt er zu erkennen, daß er kein Interesse beim Verkaufe habe; l. 24. l. 81. §. 1. D. 35. 1. — l. 50. D. 18. 1. — l. 23. D. 28. 7. — l. 85. §. 7. D. 45. 1. — l. 39. 161. D. 50. 17. — c. 41. de reg. jur. in VIto müssen analog angewendet werden; s. Erk. des O.-A.-G. in Dresden, Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852. S. 21.

Zu 9) Es ist hier zunächst in das Auge zu fassen, daß der Verpfänder dadurch, daß er verpfändet, nicht aufhört, Eigenthümer zu seyn. Daraus folgt, daß ihn als solchen aller Nachtheil berührt, der das Pfand trifft, daß er aber auch allen Vortheil davon behält, l. 12. pr. D. de distract. pign. (20 5.) — l. 21. §. 2. D. de pign. (20. 1.) — l. 3. 4. pr. D. quibus modis pign. (20. 6.) — l. 43. §. 8. D. 21. 1., also den Gebrauch und den vollen Fruchtgenuß, so weit ihn nicht etwa der Faustpfandcontract darin beschränkt. Er kann die Sache anderweit verpfänden, kann darüber auf den Todesfall verfügen, sie sogar bei Lebzeiten veräußern, unbeschadet der pfandschaftlichen Haftung, nam res transit cum suo onere. Dienstbarkeiten darf er an dem Pfande nur insoweit bestellen, als sie dessen

Werth nicht verringern; außerdem braucht der Gläubiger, wenn er zum Verkauf des Pfandes schreitet, sie nicht anzuerkennen, s. Sintenis Handb. S. 543. Ein Widerspruchsrecht steht dem Gläubiger nur gegen solche Veränderungen, welche der Schuldner am Pfande vornimmt, zu, welche den Werth desselben verringern oder ihm sonst nachtheilig zu werden drohen. In dieser Hinsicht kam es bei dem O.=A.=G. zu Dresden in Frage, ob der Pfandgläubiger dem Schuldner verwehren könne, Steinkohlen im verpfändeten Grundstück zu graben. Der Gerichtshof entschied aber verneinend, wie folgt: „deren Aufhub darf nicht als Verminderung der Substanz immer angesehen werden, sondern es bildet der Regel nach einen Theil der Benutzung des Grundstücks." Alles dies führt nur auf ein Recht, pflegliche Benutzung, insonders Schonung der Oberfläche zu fordern. Nachtheiliger sind Stein=, Kreide= und Sandgruben, weil sie nicht auf das Unterirdische sich beschränken, sondern die Oberfläche angreifen. Dennoch treten für die Usufructur blos l. 9. §. 2. l. 13. §. 5. 6. D. 7. 1. ein; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1851. S. 351., auch Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verw. N. F. Bd. VIII. S. 30., wo das königl. sächsische Particularrecht erörtert ist.

---

§. 131.

8. Endigung des Pfandrechts.*)

1) Bekanntlich sind für das Pfandrecht sowohl possessorische Rechtsmittel (interd. Salvianum directum und utile und interd. ex l. 3. C. de pign. 8. 14.), als auch petitorische (act. hypothecaria und pignoratitia directa et contraria)

---

*) Indem die gewöhnlichen Erlöschungsgründe des Pfandrechts aus den Lehrbüchern bekannt sind, scheint nur Folgendes besonders hervorgehoben werden zu dürfen:

1) Der Satz, daß mit Erlöschung der Hauptverbindlichkeit auch das Pfandrecht erlischt, muß strict von dem Fall verstanden werden, da der Gläubiger bezahlt oder sonst befriedigt worden ist. Pecunia soluta creditori, vel *si per eum factum sit*, *quo minus* solveretur, ad reddenda ea, quae pignori acceperit, jure eum urgeri manifestum est; l. 3. C. 8. 31. — l. 19. C. 4. 32.; vergl. l. 1. C. 8. 33. Anders ist es, wenn die Hauptobligation durch einen vom Willen des Gläubigers unabhängigen Umstand erlischt, daher das Forbbestehen des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage; remanet propter pignus obligatio na-

gegeben. Es ist aber in Ansehung der directen Pfandklage die Anm. 1. angegebene Eigenthümlichkeit zu beachten, daß sie noch dauern kann, während die Forderungsklage erloschen ist. Wie erklärt sich dies, während das Pfandrecht doch nur accessorischer Natur ist?

2) Auch durch eine mit der Forderung vorgenommene Novation muß consequent das Pfandrecht erlöschen, weil durch sie die Verbindlichkeit geendigt wird, an welche es sich gekettet hat, was jedoch durch eine ausdrückliche Reservation verhütet werden kann; l. 18. D. 46. 2. — l. 11. §. 1. D. 13. 7. — l. un. C. 8. 27. — l. 3. l. 12. §. 5. D. 20. 4. Ist diese aber nicht eingelegt worden, so entsteht hierbei, ebenso wie in allen Fällen des gänzlichen Erlöschens der Hauptforderung, die Frage, ob das Pfandrecht dann ipso jure oder nur ope exceptionis erlösche?

3) Wenn dem Schuldner das Pfand vermacht worden ist, wird damit auch in Ansehung der Schuld selbst ein legatum liberationis angenommen?

4) Kann die Ehefrau sich während der Ehe, da sie sich doch ihrer Dotalrechte nicht begeben und auch keine giltige Schenkung an ihren Mann vornehmen kann, gleichwohl ihres Pfandrechts begeben?

---

turalis; l. 59. D. 36. 1.; vergl. Büchel civilrechtl. Erörter. Bd. I. no. 1. S. 49., v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 392. Anm. sub 1. u. Dernburg Pfandr. Bd. I. §. 72.

2) Auch von dem Grundsatz, daß durch Zusammentreffen des Eigenthums und Pfandrechts in einer Person das letztere erlöschen müsse, weil der Regel nach Niemand ein Pfandrecht an eigener Sache haben kann, gibt es Ausnahmen [vergl. Literatur bei v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 392. Anm. sub 3.].

a) In manchen Fällen wird aequitatis causa die Fortdauer eines Pfandrechts insofern angenommen, als dem Eigenthümer daraus Rechtsmittel zustehen, um sich gegen schlechtere Pfandgläubiger zu schützen; l. 17. D. 20. 4. — l. 3. C. 8. 19. — l. 1. C. 8. 20. — l. 30. §. 1. D. 44. 2. — l. 6. D. 20. 5.

b) Dem Mündel wird, wenn der Vormund Sachen mit seinem Gelde angeschafft hat, die Wahl zwischen der act. hypothecaria und der utilis vindicatio gelassen, ebenso der Ehefrau in Betreff der Dotalsachen, l. 30. C. 5. 12., und den Kindern in Betreff der im Fall einer zweiten Ehe an sie fallenden lucra nuptialia; l. 6. §. 2. C. 5. 9.

5) Wenn mehrere Miteigenthümer ein Pfandrecht pro indiviso ertheilt haben, und der Gläubiger erläßt es dem Einen derselben, dieser erlangt aber in der Folge das Ganze: kann er nun auf das ganze Object schlechthin dem Gläubiger die Einrede der Erlassung entgegensetzen?
6) Kann die Einwilligung des Pfandgläubigers in den Verkauf der ihm verpfändeten Sache als Verzicht auf das Pfandrecht angenommen werden? und geht es allemal dadurch verloren?
7) Wenn der Schuldner dem Pfandgläubiger erlaubt hat, das Pfand zu verkaufen, dieser aber verschenkt es hinterher, ist das Pfandrecht gleichwohl als erloschen zu betrachten?
8) Wenn der Pfandgläubiger dem Schuldner gestattet hat, die Sache um einen gewissen Preis zu verkaufen, dieser verkauft sie aber hernach unter diesem Preis, oder wenn der Gläubiger zwar eingewilligt hat, daß der Schuldner die Sache binnen eines bestimmten Zeitraums verkaufen dürfe, der Schuldner aber erst nach dessen Ablauf einen Verkauf zu Stande bringt: gilt in diesen Fällen das Pfandrecht noch als fortbestehend?
9) Bewirkt die Zurückgabe der Verpfändungsurkunde die Erlassung des Pfandes?
10) Lebt das Pfandrecht auf einer mit Einwilligung des Gläubigers veräußerten Sache alsdann wieder auf, wenn dieselbe vom Schuldner in der Folge wieder erworben wird?
11) Wenn ein Gehöfte, welches mir verpfändet war, abbrennt, von einem Dritten aber, welcher die area kaufte, ohne von meinem Pfandrecht etwas zu wissen, wieder aufgebaut worden ist: werde ich dann auch an dem neuen Gebäude mein Pfandrecht geltend machen können?
12) Es lassen sich mehrere Fälle denken, wo eine Sache von ihrem letzten Eigenthümer an ihren früheren Eigenthümer zurückfällt; z. B. a) durch Redhibition; b) durch das vom Verkäufer angehängte pactum displicentiae, oder wenn der Schenker seine Schenkung wegen Undankes des Donatars revocirt, oder wenn das Gegebene wegen Nichterfüllung des modus condicirt wird; c) in Folge eines vom Verkäufer bedungenen Reukaufs oder irgend einer Resolutivbedingung, z. B. der lex commissoria, des pactum addictionis in diem; d) in Folge der Rescission des Kaufs wegen

Verletzung über die Hälfte; wie ist dann die Frage zu entscheiden, ob die vom letzten Erwerber geschehene Verpfändung auch für den Rückerwerber der Sache verbindend bleibe oder nicht?

13) Wenn die verpfändete Sache in eine andere umgewandelt ist, bleibt das Pfandrecht darauf fortbestehen?

14) Die l. 9. pr. D. 20. 6. enthält folgenden Fall: A. hatte dem B., hernach dem C. sein Grundstück verpfändet; in der Folge verkaufte er es Beiden für die gesammte Summe, wofür er es vorher Jedem einzeln im Ganzen verpfändet hatte; es fragt sich nun, ob das Pfandrecht durch diesen Verkauf erloschen sey, oder ob die nunmehrigen Eigenthümer noch gegen einander die Pfandklage haben?

15) Gilt auch Einwilligung in die Verpfändung der Sache, an welcher ich ein Pfandrecht habe, für Verzicht auf dieses?

16) Inwiefern kann das Pfandrecht durch Verjährung aufgehoben werden?

17) In welchem Zeitpunkte erlischt das Pfandrecht in Folge einer nothwendigen Subhastation der verpfändeten Sache?

18) Ist das Pfandrecht für aufgehoben anzusehen, wenn sich der Gläubiger in der Folge einen Bürgen stellen läßt?

Zu 1) Daß das Pfandrecht auch dann, wenn die Forderungsklage durch Verjährung erloschen ist, fortdauern könne, was zwar von Manchen bestritten ist, s. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. X. S. 82., aber die Autorität der auf übereinstimmende Gesetzstellen begründeten gemeinen Meinung für sich hat, erklären Viele daraus, daß durch die Verjährung nur die Klage, nicht aber das Recht selbst untergehe, folglich noch eine obl. naturalis als Grundlage der Pfandklage übrig bleibe; s. Mackeldey Lehrb. d. röm. Rechts Bd. I. §. 199. und die dort angeführte Literatur; Andere daraus, daß die hypothekarische Klage 40 Jahre lang dauere, während die act. personalis schon nach 30 Jahren erlösche; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 173. S. 379.; es dürfte aber die Betrachtung genügen, daß das Pfandrecht eine eigene selbständige Klage erzeugt, und daß dieser Klage in den Gesetzen die Eigenthümlichkeit beigelegt ist: *suas conditiones* habet hypothecaria actio: i. e. si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet actio, s. Büchel civilr. Erörter. Bd. I. S. 49., welchem auch v. Vangerow Pand. Bd. I. §. 151. Anm. sub 6.

gefolgt ist. [Vergl. auch Dernburg Pfandr. I. S. 538., Bekker in seinem Jahrb. IV. S. 417 ff., Windscheid Pand. I. §. 225. sub 2. und §. 249., Schwanert Die Natural-Obligationen S. 395 ff.]

Zu 2) Getreu seiner accessorischen Natur schmiegt sich das Pfandrecht auch in dieser Hinsicht an die Hauptverbindlichkeit an, und je nachdem diese schon durch das Gesetz oder erst durch Hilfe einer Einrede getilgt wird, hört auch das Pfandrecht entweder ipso jure oder ope exceptionis auf; s. Gesterding a. a. O. §. 36.

Zu 3) In der Regel wird nur das Pfand für liberirt, die Schuld aber nicht für erlassen angenommen, wenn nicht bewiesen werden kann, daß des Testires Absicht nicht blos auf Entlassung vom Pfandnexus, sondern auch auf Erlassung der Schuld gegangen sey; l. 1. §. 1. D. 34. 3.

Zu 4) Das Gesetz erachtet die bloße Erlassung des Pfandrechts noch nicht für eine weibliche Intercession, l. 8. pr. D. 16. 1. — l. 11. C. 4. 29., daher auch keine eidliche Renunciation dabei nöthig ist; Glück Th. XIX. §. 1104. S. 414., Meißner vom stillschw. Pfandr., S. 427. Doch wirkt eine solche Entsagung nicht weiter, als zu Gunsten desjenigen Gläubigers, welchem sie gegeben ist; l. 21. C. 4. 29. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen solche Entsagung wird nur dann ertheilt, wenn die Frau beweisen kann, daß schon zur Zeit ihres Verzichts die Läsion, nämlich die Insufficienz des maritalischen Vermögens vorhanden gewesen sey; Mevii Dec. P. II. Dec. 130. Doch scheint die Praxis auch wohl noch milder zu seyn, wenn die Frau auf andere Art ihr Heirathsgut nicht wieder erlangen kann; Glück Th. XIX. S. 415. not. 5., Boehmer novum jus controv. T. II. Obs. 101.

Zu 5) Die l. 8. §. 3. u. 4. D. 20. 6. entscheidet hierüber, daß der Verzicht immer nur auf den zuvor besessenen Antheil desjenigen, welchem das Pfand erlassen wurde, zu beziehen sey, wenn auch der Gläubiger sich nur simpliciter seines Pfandrechts begeben hatte, daher der Gläubiger nicht vom Ganzen mit der Pfandklage abgewiesen werden könne; Glück a. a. O. S. 417., Gesterding a. a. O. §. 37.

Zu 6) Creditor, qui permittit rem venire, pignus dimittit, sagt l. 158. D. 50. 17. — l. 4. §. 1. D. 20. 6. — l. 8. §. 6. 7. 11—18. deo*) und das Pfandrecht erlischt hierdurch, auch wenn die Sache

*) Dies ist auch als die herrschende Ansicht anzunehmen, obgleich einige bei Glück Thl. XIX. S. 431. angeführte Schriftsteller u. Vermehren im civilist. Archiv Bd. XIII. S. 33. dafür halten: wenn der Pfandgläubiger in eine weitere Verpfändung willige, so liege darin nur eine Aufgebung des Vorzugsrechts.

dem neuen Erwerber noch nicht tradirt war; l. 8. §. 12. D. 20. 6. Doch genügt hierzu nicht bloßes Schweigen des Gläubigers, l. 8. §. 15. D. 20. 6. — l. 2. C. 8. 26., wofern er nicht durch öffentliche Vorladung zum Einspruch aufgefordert war, oder concludente Handlungen von seiner Seite vorliegen, z. B. wenn er, ohne überlistet worden zu sein, die Verkaufsurkunde mit unterschreibt; l. 8. §. 15. D. 20. 6. Kommt indessen der Verkauf, zu welchem er seine Einwilligung gegeben hat, nicht zu Stande, oder wird er rückgängig, so bleibt sein Pfandrecht im Fortbestand, l. 10. pr. D. 20. 6., sowie auch, wenn der Gläubiger eingewilligt hat, daß der Schuldner Jemandem das Pfand vermache, und dieser das Vermächtniß ausgeschlagen hat; l. 8. §. 11. D. 20. 6.

Zu 7) Dieser Fall wird in l. 8. §. 13. D. 20. 6. dahin entschieden, daß das Pfand fortdauere, wenn der Gläubiger ein Interesse dabei hatte, daß nur die von ihm bewilligte und keine andere Art der Veräußerung vor sich gehe. Er konnte z. B. in den Verkauf blos als Mittel zu seiner Befriedigung gewilligt haben. Hätte er aber umgekehrt in das Verschenken der Sache eingewilligt, dann könnte er, wenn hinterher der Schuldner die Sache verkauft hätte, kein Interesse haben.

Zu 8) Diese Frage entscheidet bejahend l. 8. §. 14. u. 18. D. 20. 6., vergl. Gesterding Pfandr. S. 298.

Zu 9) Sowie die Zurückgabe des Pfands eine Aufhebung der Pfandverbindlichkeit involvirt, wenn der Gläubiger nicht beweisen kann, daß sie zu einem andern Zweck geschehen sey, l. 3. D. 13. 7. — l. 9. C. 8. 26., so wird auch die Pfandverbindlichkeit als erlassen angenommen, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Handschrift über die contrahirte Pfandverbindlichkeit zurückgibt; l. 2. §. 1. l. 3. D. 2. 14. — l. 7. C. 8. 26., Gesterding a. a. O. §. 37., Glück Th. XIX. S. 418.

Zu 10) Verneinend entscheidet l. 8. §. 7. u. 8. D. 20. 6. — l. ult. C. 8. 26. Selbst das allgemeine Pfandrecht ergreift diejenige Sache nicht wieder, welche mit Einwilligung des Pfandgläubigers verkauft war, wenn sie gleich der Schuldner nach der Veräußerung wieder erwirbt. Dagegen, wenn eine erloschene Forderung in integrum restituirt wird, so lebt deren Pfandrecht wieder auf; l. 10. §. 1. D. 4. 2. — l. 27. §. 2. l. 50. D. 4. 4., Sintenis Civilr. Bd. I. §. 81. Anm. 14.

Zu 11) Das Pfandrecht bleibt fortwährend auf der area haftend, und nach den Grundsätzen der Accession fällt auch dasjenige, was

darauf gebaut worden ist, in das Gebiet meines Pfandrechts, l. 35. D. 20. 1. — l. 21. D. 13. 7., aber ich muß dem Käufer, wenn er bona fide erworben hat, die Baukosten und den Mehrwerth des neuen gegen das alte Gebäude vergüten; l. 29. §. 2. D. 20. 1.

Zu 12) Aeltere Rechtslehrer hielten die Entscheidung von der Vorfrage abhängig, ob das Eigenthum ipso jure und ohne daß es einer neuen Handlung des Rückerwerbers bedarf, an diesen zurückfällt, oder ob dieser nur ein persönliches Recht auf Rückerwerbung der Sache habe; Vinnius in sel. qu. Lib. II. c. 5., Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 6. §. 8. Dagegen hat Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 39. gezeigt, daß diese Distinction nicht durchgreifend sey, sondern daß es vielmehr nur darauf ankomme, ob das Zurückgehen des Eigenthums an den vorigen Besitzer auf einer freiwilligen und willkürlichen Handlung des neuen Eigenthümers, oder ganz unabhängig von seiner Willkür in einer gesetzlichen Nöthigung sich gründe. Im ersten Fall, mithin zu a. und b., bleibt nach l. 3. D. 20. 6. das Pfandrecht, welches der neue Eigenthümer der Sache constituirte, bestehen,*) im andern Fall zu c. wird es wirkungslos, und zu d. käme es darauf an, ob der Käufer oder der Verkäufer das Geschäft aus diesem Grund umgestoßen hat; Voet l. c. §. 9. Diese Ansicht, welcher auch Glück Thl. XIX. S. 440., Thl. XX. S. 78. beigetreten ist, findet sich in den Gesetzen gerechtfertigt; l. 4. §. 3. D. 18. 2. — l. 3. l. 4. pr. D. 20. 6. — l. 43. §. 8. D. 21. 1., Thibaut System §. 199., Mühlenbruch Pand. §. 406., Entsch. d. geh. Obertribunals in Berlin Bd. IX. S. 428. vergl. Bd. III. Kap. 9. a. E. Jedoch wird beim commissorischen Vertrag die Resolvirung nur dann ex tunc angenommen, wenn sie ausdrücklich in dieser Art bedungen ist, außerdem bleiben die vom Käufer inzwischen bestellten Hypotheken wirksam; Glück Thl. VIII. S. 77., Zimmern im civilist. Archiv Bd. V. S. 238., Fritz daselbst Bd. VIII. S. 294., Schwarze u. Heyne Untersuchungen S. 273.

Aus den vorgetragenen Grundsätzen folgt die Unwirksamkeit des vom neueren Besitzer ertheilten Pfandrechts, wenn dieser sein Eigenthum oder Recht an der Sache aus einem nichtigen Rechtsgeschäft ableitet, und zwar in gewissen Fällen selbst dann, wenn der Vorbesitzer erst einer restitutio in integrum bedarf, um wieder zu seiner

*) Eine Ausnahme findet statt, wenn der einer Schenkung beigefügte modus darin bestand, daß der Donatar Jemandem Alimente prästiren sollte. Hier berechtigt nämlich die Nichterfüllung den Geber nach l. fin. C. de donat. quae sub modo (8. 55.) zu einer utilis vindicatio.

Sache zu gelangen; in solchen Fällen nämlich, wo die Gesetze ihn berechtigen, die Sache auch von jedem Dritten zurückzufordern, z. B. durch die actio quod metus causa, weil sie auch gegen den Dritten geht, l. 14. §. 3 u. 5. D. 4. 2. — l. 3. C. 2. 20. — desgl. in Folge der actio inofficiosi testamenti, weil sie eine dingliche Klage ist, l. 21. §. 2. l. 27. §. 3. D. 5. 2. — so auch in Restitutionsfällen der Minderjährigen, wenn der dritte Besitzer die Art, wie sein Contrahent die Sache erworben hatte, gekannt hat, oder wenn der minor von diesem keine Entschädigung erlangen kann, oder ein wesentliches Interesse dabei hat, nicht den bloßen Werth, sondern die Sache selbst wieder zu erlangen; l. 9. pr. l. 13. §. 1. l. 14. l. 15. D. 4. 4. — ferner in Folge der act. Publiciana rescissoria, durch welche der Eigenthümer gegen den, welcher die Sache usucapirt und solche verpfändet hat, in den vorigen Zustand zurückgesetzt und die Usucapion zufolge §. 5. J. 4. 6. so aufgehoben wird, wie wenn die Sache nie usucapirt gewesen wäre; Bolley v. d. öffentl. Unterpfändern S. 40. 2c. Parallel gehen alle Fälle, wo der Verpfänder nur ein untergeordnetes Recht hatte, welches seiner Natur nach unter gewissen Umständen erlöschen mußte (wie bei emphyteusis, superficies, ususfructus), oder ein bedingtes, wie z. B. wenn der Erbe Sachen, welche unter einer Bedingung legirt waren, verpfändet, und die Bedingung eintritt, das Pfand aufgehoben werden muß; l. 13. §. 1. D. 20. 1. — l. fin. §. 3. C. 6. 43.

Zu 13) Die l. 18. §. 3. D. 13. 7. u. l. 16. §. 2. D. 20. 1. führen auf folgende Grundsätze. Umgestaltung einer Sache, auf welcher Unterpfänder haften, ist ohne Einfluß auf das Pfandrecht, so lange als die Sache eben dieselbe bleibt; z. B. die area bleibt, auch wenn da, wo vorher ein Haus stand, ein Garten daraus gemacht wird, wird aber ein Wald umgehauen, und das Holz zu irgendeinem Bau verwendet, so ist eine andere Sache entstanden, und diese kann dem Pfandrecht, welches mir an dem Walde zustand, nicht unterworfen seyn; l. 18. §. 3. D. de pign. act. Wenn gesagt ist, daß das Pfandrecht untergehe, wenn die verpfändete Sache eine Specification erleidet, s. Sintenis pr. Civilr. Bd. I. §. 76. not. 6., so wird darunter eine solche Veränderung verstanden, in Folge deren die Sache aufhört, das zu seyn, was sie zuvor war, und in eine andere Art von Sachen übergegangen ist; s. Glück Thl. XIX. S. 437. und die das. Angeführten. Dagegen bleibt das Pfandrecht bestehen, wenn ich aus einem silbernen Präsentirteller eine Kaffeekanne, oder aus einer Goldmasse einen Pokal verfertigen lasse, denn es bleibt immer ein silbernes resp.

goldenes Gefäß; f. Voët Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 6. no. 14., Höpfner Inst.-Comm. §. 720., Walch D. de jure creditoris mutata re oppignorata Jen. 1769., vergl. die Lehre v. d. Specification.

Zu 14) Die Entscheidung geht dahin: daß das Pfandrecht erloschen sey, und in Folge des Kaufs nur beiderseitiges Eigenthum bestehe. Das Gesetz nimmt als zureichenden Grund an, daß, indem Beide die Sache zusammen in solidum kauften, Jeder ipso facto in den Verkauf der ganzen Sache an den Andern gewilligt habe, wodurch das Pfandrecht nothwendig aufhören mußte, f. Gesterding a. a. O. §. 40., ohne daß man mit Westphal im Pfandrecht §. 242. not. 274. anzunehmen brauchte, das Pfandrecht des Einen habe rücksichtlich seines eigenen Antheils an der Sache durch Confusion, und an dem Antheil des Andern zufolge der Einwilligung in den Verkauf aufgehört.

Zu 15) Vermöge l. 12. pr. D. 20. 6. und l. 9. §. 1. D. eod. pflegt man es für einen Verzicht auf mein Pfandrecht an einer Sache zu erklären, wenn ich in deren Verpfändung an einen Andern willige, und wenigstens eine rechtliche Vermuthung dafür zu statuiren; f. Gesterding a. a. O. §. 37., Lauterbach Coll. th. pr. ad Pand. Lib. 20. tit. 6. §. 9., Mevii Dec. P. V Dec. 72., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1227. Das Gegentheil lehrt Leyser Sp. 233., Med. 3. u. 4. Allerdings ist aus l. 12. pr. cit. wohl abzunehmen, daß die Intention mehr dahin zu vermuthen wäre, ut ordo servetur, ut prior creditor secundo loco constituatur, als ut discedatur a pignore. Immerhin wird es nur questio facti bleiben, im Zweifel aber nach der bekannten Regel: in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est quam tutius nur anzunehmen seyn, daß der in eine anderweite Verschreibung seiner Hypothek einwilligende Gläubiger nicht sein Pfandrecht selbst, sondern nur sein Vorzugsrecht aufgegeben habe; f. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 24. [Vermehren im civilist. Archiv XIII. S. 33 ff., wogegen v. Vangerow Pand. I. §. 392. Anm. sub 2. und Seuffert pr. Pand.-R. I. §. 225. einen Verzicht auf das Pfandrecht annehmen. Vergl. dazu Dernburg Pfandr. I. S. 190. Anm. 23. und Seuffert's Archiv IX. No. 13.]

Zu 16) In Hinsicht auf Verjährung kommen zweierlei Verhältnisse in Betracht:

a) die actio pignoratitia directa, welche der Schuldner gegen den Gläubiger, nachdem er Letzteren bezahlt hat, auf Zurückgabe des

Pfands anstellt. Viele Rechtsgelehrte halten diese Klage für verjährbar; sie sagen, alle Klagen erlöschen in einem der Regel nach 30jährigen Zeitraum, und die Gesetze machen davon bei der act. pignoratitia keine Ausnahme; s. Leyser Vol. 7. Spec. 462. Med. 18., Glück Thl. XIV. §. 875. S. 169.; allein wir müssen diese Meinung, da sie mit den Grundsätzen des canonischen Rechts durchaus unvereinbar ist, aus den schon im Bd. I. §. 19. zu Fr. 5. von der Dauer, insbesondere Verjährung der Klagen angeführten Gründen verwerfen, indem hier der Verjährende unmöglich in bona fide seyn kann, diese aber bei der Extinctivverjährung zwar in der Regel nicht, wohl aber dann nothwendig erfordert wird, wenn die Klage auf Restitution einer unrechtmäßig besessenen Sache gerichtet ist; s. v. Savigny System Bd. V. S. 331. Wir stimmen daher denjenigen Rechtsgelehrten bei, welche die act. pign. directa für unverjährbar, vielmehr, so lange die Schuld nicht bezahlt ist, für fortdauernd erklären; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 194., Kori Theorie der Verjährung S. 171., Schmidt Diss. de praescr. act. pign. dir. §. 45. Jenae 1756., insoweit diese Klage auf Restitution des gegebenen Pfandes und nicht etwa nur auf Nebenforderungen, z. B. Entschädigungs-Ansprüche, gerichtet ist. Dies ist auch gewiß der wahre und uneingeschränkte Sinn der deutschen Parömie: „Versatz verjährt nicht.“ Wenn man aber diese Klage in irgendeiner Beziehung für verjährbar ansehen dürfte, so könnte man am wenigsten denjenigen Rechtsgelehrten beistimmen, welche den Lauf der Verjährung vom Tag der Unterpfandsbestellung schon beginnen lassen, weil der Schuldner nicht 30 Jahre hätte verstreichen lassen sollen, ohne sich durch Zahlung von dem Pfandnexus zu befreien; s. Westphal Pfandrecht §. 259., Cocceji J. C. Lib. 13. tit. 7. qu. 19., sondern denjenigen, welche den Lauf der Verjährung erst vom Moment der Tilgung der Schuld an rechnen; denn früher war ja nicht actio nata, und da der Gläubiger nur pro alieno besitzt, so stände ihm entgegen, quod nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest. Dafür hat sich auch die gemeine Meinung entschieden; s. Leyser Vol. III. Sp. 155. Med. 9., Glück Thl. XIV. S. 171. und die vielen in not. 50. angeführten Autoritäten. [Ebenso Unterholzner Schuldverhältn. I. §. 767. u. Dernburg Pfandr. I. S. 159 ff. Dazu Puchta Vorles. §. 320. und Seuffert's Archiv VIII. No. 19.]

b) Die act. hypothecaria, mittelst welcher der Gläubiger jeden Besitzer auf Abtretung des Pfandes oder Zahlung der Schuld belangt. Hier kann die Frage entstehen:

I. Kann dem Kläger eine Usucapion der verpfändeten Sache entgegenstehen? Von Seite des Pfandschuldners gewiß nicht; l. 13. pr. D. 41. 3.; denn wie wäre da dem Pfandschuldner bona fides möglich? l. 1. C. 7. 36. – Selbst wenn die Schuldklage verjährt ist, soll, weil doch noch eine obligatio naturalis übrig bleibt, das Pfandrecht fortdauern; l. 2. C. 8. 31. intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota. cf. l. 14. §. 1. D. 20. 1., s. Glück Thl. XIII. S. 100 u. 380., Thl. XX. S. 162., Mackeldey Lehrb. Bd. I. §. 199. d. — Ein Dritter hingegen kann sich allerdings gegen die Abforderung der zum Unterpfand bestellten Sache mit der longi temporis praescriptio schützen, wenn er in bona fide ist, nämlich wenn er weder bei der Erwerbung, noch (nach canon. Recht) während der ganzen zur Ersitzung erforderlichen Zeit wußte, daß die Sache mit einem Pfandrecht belastet sey. Insofern kann selbst der Erbe des Verpfänders nach l. 5. D. 44. 3. sich durch die possessio longi temporis schützen, wenn er die von seinem Erblasser zum Unterpfand bestellte und in der Folge verkaufte Sache dem Käufer derselben wieder abkauft, weil er da in die Stelle des Dritten und nicht in die des Verpfänders tritt. In Tafel's auserlesenen Civilrechtssprüchen der höheren Gerichtsstellen in Würtemberg Bd. I. no. 30. S. 171. wurde selbst der Erbe als Besitzer in gutem Glauben anerkannt, weil er, obgleich seine Vorfahren zur Zeit der Erwerbung der verpfändeten Sache das darauf haftende Pfand gekannt hatten, doch nach einem 30jährigen Zeitablauf sich auf justam et probabilem opinionem berufen konnte, daß der Pfandgläubiger auf dieses Pfandrecht Verzicht geleistet habe.

II. Geht die hypothekarische Klage durch die 30—40jährige Extinctiv-Verjährung unter? Darüber ist, wie die eben angeführte Entscheidung zu erkennen gibt, im Allgemeinen kein Zweifel vermöge l. 7. C. 7. 39. Doch sind die Zeiträume verschieden. Es werden nämlich

a) 30 Jahre erfordert, wenn ein dritter Besitzer der verpfändeten Sache,*)

*) Die Verjährung der Pfandklage beginnt auch für den dritten Besitzer mit dem Momente, wo für den Schuldner und seine Erben die Verjährung von 40 Jahren beginnt, was nach der Lehre Weber's v. d. nat. Verb. §. 110. und 111. zu bestimmen ist. Man darf nicht mit Unterholzner Verjährungs-

b) 40 Jahre, wenn der Pfandschuldner sich gegen die hypothekarische Klage durch Verjährung schützen will,

c) 30jähriger Besitz nach dem Tod des Schuldners, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger sich gegen den vorgehenden durch Verjährung schützen will, während aber der Schuldner lebt, ein 40jähriger Zeitraum, so auch wenn der jüngere Pfandgläubiger sich etwas von dem Zeitraum zurechnen will, welcher bei Lebzeiten des Schuldners stattgefunden hat; l. 7. §. 2. 3. C. 7. 39., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 249., Gesterding Pfandrecht S. 354.

Daß die Verjährung hier von dem Zeitpunkt anfängt, in welchem der Verjährende zum Besitz des Unterpfands gelangt ist, unterliegt wohl keinem gegründeten Zweifel, wie Unterholzner a. a. O. bemerkt; s. auch Gesterding a. a. O. S. 356.

Zweifelsfrei ist endlich auch, daß dadurch, daß ein Dritter die mit dem Pfandrecht behaftete Sache durch Usucapion erwirbt, dasselbe ebensowenig alterirt wird, als in der Person eines Käufers; l. 44. §. 5. D. 41. 3. — l. 7. C. 8. 14.

Zu 17) Das Pfandrecht wird zwar durch rechtmäßige Veräußerung der Sache geendigt, l. 6. l. 8. C. 8. 26., aber nicht eher als mit Erlegung des Kaufschillings von Seite des Erstehers und dadurch bewirkter Befriedigung des Pfandgläubigers; Leyser Vol. IV. Sp. 236. Med. 4., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 5. th. 16. not. 3., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 310.

Zu 18) Einige Gesetzesstellen scheinen zwar die bejahende Meinung zu rechtfertigen, besonders l. 14. D. 20. 6. u. l. 9. §. 3. D. 13. 7. in Verbindung mit l. 6. pr. D. 20. 6. u. l. 52. D. 46. 3., allein der Sinn derselben ist wohl kein anderer, als daß die Aufgebung des Pfandrechts alsdann angenommen wird, wenn sich der Gläubiger auf andere Weise befriedigt findet, was aber in der Annahme eines Bürgen nicht nothwendig und von selbst liegt; Thoma-

---

lehre Bd. II. §. 249. II. verlangen, daß, um dem dritten Besitzer die Berufung auf 30jährige Verjährung einzuräumen, er anzuführen habe, daß er und andere, ebenfalls dritte, Besitzer so lange das Pfand unbeunruhigt besessen hätten; l. 7. §. 2. C. 7. 39. handelt nur von dem singulären Fall, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger sein Pfandrecht geltend machen will. Die hinzugefügte Motivirung läßt sich nicht auf ein Princip, das allgemein anwendbar, oder mit l. 7. §. 1. C. 7. 39. in Einklang zu bringen wäre, zurückführen: s. Erkenntn. d. O.-A.-G. in Dresden im Wochenbl. f. m. Rechtsf. 1852. S. 217.

sius D. de remissione pignoris vel hypothecae per accept. chirographi novi aut fidejussoris §. 8. etc., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 231.

---

§. 132.

[9. Das moderne Hypothekensystem.*)]

[Abgesehen von den handelsrechtlichen Instituten sind es im Gebiete des Vermögensrechts nur zwei Stücke, in welchen der moderne (germanische!) Rechtssinn sich im Großen schöpferisch erwiesen und das Reich des Privatrechts durch Ausbildung neuer Grundideen gemehrt hat: das literarisch-artistische Urheberrecht und das Grund- und Hypothekenbuchsystem. Keine andere Hervorbringung des modernen Rechtssinnes kann sich im Vermögensrechtsgebiet an theoretischer Tiefe und praktischer Fülle mit jenen beiden Rechtsinstituten messen.

I. Das Pfandrecht überhaupt anlangend, so hat das moderne Rechtsleben den römischen Gedanken eines dinglichen Rechts, welches einer Forderung dienstbar und accessorisch ist — einen Gedanken, welcher von den Römern auch nur allmählich zu voller Klarheit entwickelt wurde — im Allgemeinen recipirt und dagegen gewisse einheimische Rechtsinstitute, welche ähnlichen Verkehrszwecken dienten, aber vom Pfandrecht verschieden waren, absterben lassen. Im Allgemeinen aber war man dabei bestrebt, ein größeres Maaß praktischer Handlichkeit und Sicherheit zu erreichen, als das römische Pfandsystem gewährte. In zwei Richtungen hin thut sich dieses Streben kund: indem für Mobiliarverpfändung das System des Faustpfands zur Herrschaft zu bringen, und für die Immobiliarverpfändung das Ingrossationssystem auszubilden gestrebt wird. Wenn an Mobilien nur ein Faustpfand constituirbar ist, so ist der besitzende Pfandgläubiger seines Rechtes und der Priorität völlig sicher; wenn an Immobilien nur durch Ingrossation und Löschung Hypotheken begründet und aufgehoben werden

---

*) [Der Verfasser hat dieses neueren Systems nur beiläufig einige Male gedacht. Es gilt von ihm aber dasselbe, was von mir oben in Betreff des Grundbuchsystems bemerkt wurde, daß die ganze moderne Entwickelung auf Vollanerkennung des Grund- und Hypothekenbuchsystems hindränge. Vergl. oben §. 106. zu Fr. 1. a. E. (Bd. II. S. 265.), §. 106 e. (Bd. II. S. 269.) und §. 112. zu Fr. 4. a. E. (Bd. II. S. 354.). Aus diesem Grunde schien es sachgemäß, demselben wenigstens Einen besonderen §. einzuräumen.]

können, so hat der Hypothekarier in dem öffentlichen Hypothekenbuche, in welches das Grundstück gleichsam hineinversetzt und ideell dargestellt ist, die volle Sicherheit seines Pfandrechts und seiner Pfandstelle. Mit den Maximen der Publicität und der Specialität ist das Elend der gesetzlichen, generellen und privilegirten Hypotheken des Römischen (nachklassischen) Kaiserrechts überwunden und eines der wichtigsten nationalökonomischen Postulate unsrer Zeit erfüllt. Es ist damit der gebundene Realkredit aus seinen Fesseln erlöst, der ergiebige Werth, welcher im Grundbesitzthum enthalten, verborgen ist, gleichsam erst recht an's Tageslicht gezogen, der lebendigen und raschen Strömung des modernen Verkehrswesens angenähert und der vornehmsten Macht in demselben, dem Kredit, dienstbar gemacht.

II. Ist nun dieses Ingrossationssystem etwas dem Röm. Recht gegenüber durchaus Neues und Fremdes? So scheint es, wenn nur die Außenseite in Betracht gezogen wird; eine innerliche Betrachtung aber zeigt uns, daß dieses moderne System zugleich eine Fortbildung römischer Rechtsideen vermittelt und die römische Hypothek in eine solche Gestalt bringt, daß sie den gesteigerten nationalökonomischen Forderungen gewachsen zu seyn nicht aufhört. Diese Forderungen gehen dahin, daß der Werth des Grundbesitzthums möglichst disponibel gemacht werde, und dies geschieht durch Parcellirung und Mobilisirung; die moderne Hypothek aber ist die Rechtsform, in welcher der Grundwerth parcellirt und mobilisirt werden kann. Zur Erläuterung dieses Gedankens diene Folgendes.

III. Bekanntlich gewährte die Hypothek bei den Römern anfangs dem Pfandgläubiger nur ein jus possidendi (ein Recht den Besitz zu verlangen und sich darin zu erhalten); bald ward es üblich, dem Pfandgläubiger ein eventuelles jus distrahendi daneben einzuräumen; dann galt dieses Recht als ein selbstverständliches, stillschweigend bewilligtes, endlich als der hauptsächliche, das Besitzrecht in Schatten stellende, ja wesentliche und nicht einmal durch Vertrag entziehbare Inhalt des Pfandrechts. Mit dieser Spitze der Entwickelung (s. v. Vangerow Pand. I. §. 379. Anm. z. A.) war die Idee gesetzt, daß in der hypothekarischen Disposition eine eventuelle Veräußerung, also eine wirkliche Verfügung über das Object, bis zum Betrag der gesicherten Forderung, enthalten sey: die Verpfändung nahm die ökonomische Bedeutung einer besonderen Ver-

äußerungsart an. Mit dieser Bedeutung ausgestattet trat die römische Hypothek in unser Rechtsleben ein.

IV. Hier traf sie auf verschiedene andre Institute, die einheimischen Vorgängerinnen der modernen Hypothek; in ihnen prägen sich Schritte der einheimischen Realkreditentwickelung ab, welche uns an jene Stadien des Röm. Rechts erinnern. In der früheren (volks- und landrechtlichen) Periode des germanischen Güterverkehrs war bekanntlich neben dem Mobiliarfaustpfand (wadium) ein eigenthümliches Institut, die s. g. ältere Satzung, vorgekommen, durch welches dem Gläubiger eine Pfandgewere und damit Besitz und Genuß des Gutes, mit Bestimmungen über den Wiedereinlösungs- und bez. Verwirkungsfall, eingeräumt wurden (s. Albrecht Gewere S. 144 ff., Budde Zeitschr. f. deutsch. R. IX. S. 435 ff.). Für den städtischen Verkehr mußte diese, an die römische fiducia erinnernde, Satzung zu schwerfällig seyn, es bildete sich daher hier eine neue Art, den Grundwerth in bewegliche Werthe umzusetzen, in der Form des Rentengeschäfts, welches den geldaufnehmenden Rentenverkäufer im Besitz und Genuß seines (Haus-) Grundstücks beließ und dem Rentenkäufer nur eine ideelle Gewere (Zinsgewere) gab. In dieser Form des Rentenverkaufs wurden Kapitalien auf das Grundstück aufgenommen und die Rente, wie man sagte, „aus dem Grundstück verkauft" (s. Beseler System Bd. II. S. 134.): ein guter, nationalökonomisch correcter Ausdruck, denn der für die Rente geleistete Preis war der in eine Geldsumme verwandelte Grundwerth, welchen der Grundbesitzer sich auf solche Weise flüssig machte, und der darin ausgedrückte Werth der Rente war der Betrag, um welchen der Werth des Grundstücks nun gemindert war. Durch Verkauf mehrer Renten konnte der Grundbesitzer sein Grundstück gewissermaaßen (ideell) parcelliren, und so nach Bedürfniß über den Werth verfügen, ohne doch das formelle Verhältniß zum Grundstück einzubüßen, denn der Rentenkäufer hatte kein Kündigungsrecht (Ewiggeld). — Die ältere Satzung und das Rentengeschäft stimmten darin überein, daß das Recht des Darleihers nicht den Charakter einer eigentlichen und selbständigen Forderung (obligatio) hatte, sondern wesentlich nur als dingliches Recht am Grundstück, als ein unmittelbar, doch ideell, aus dem Grundstück selbst ausgeschiedener Werth erschien und mithin immer von dem reellen Schicksal des Grundstücks abhängig blieb. Es ergibt sich hieraus, daß das dingliche Recht (Gewere) nicht als ein accessorisches im Sinne der römischen Hypothek gedacht werden

Pfands anstellt. Viele Rechtsgelehrte halten diese Klage für verjährbar; sie sagen, alle Klagen erlöschen in einem der Regel nach 30jährigen Zeitraum, und die Gesetze machen davon bei der act. pignoratitia keine Ausnahme; s. Leyser Vol. 7. Spec. 462. Med. 18., Glück Thl. XIV. §. 875. S. 169.; allein wir müssen diese Meinung, da sie mit den Grundsätzen des canonischen Rechts durchaus unvereinbar ist, aus den schon im Bd. I. §. 19. zu Fr. 5. von der Dauer, insbesondere Verjährung der Klagen angeführten Gründen verwerfen, indem hier der Verjährende unmöglich in bona fide seyn kann, diese aber bei der Extinctivverjährung zwar in der Regel nicht, wohl aber dann nothwendig erfordert wird, wenn die Klage auf Restitution einer unrechtmäßig besessenen Sache gerichtet ist; s. v. Savigny System Bd. V. S. 331. Wir stimmen daher denjenigen Rechtsgelehrten bei, welche die act. pign. directa für unverjährbar, vielmehr, so lange die Schuld nicht bezahlt ist, für fortdauernd erklären; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 194., Kori Theorie der Verjährung S. 171., Schmidt Diss. de praescr. act. pign. dir. §. 45. Jenae 1756., insoweit diese Klage auf Restitution des gegebenen Pfandes und nicht etwa nur auf Nebenforderungen, z. B. Entschädigungs-Ansprüche, gerichtet ist. Dies ist auch gewiß der wahre und uneingeschränkte Sinn der deutschen Parömie: „Versatz verjährt nicht.“ Wenn man aber diese Klage in irgendeiner Beziehung für verjährbar ansehen dürfte, so könnte man am wenigsten denjenigen Rechtsgelehrten beistimmen, welche den Lauf der Verjährung vom Tag der Unterpfandsbestellung schon beginnen lassen, weil der Schuldner nicht 30 Jahre hätte verstreichen lassen sollen, ohne sich durch Zahlung von dem Pfandnexus zu befreien; s. Westphal Pfandrecht §. 259., Cocceji J. C. Lib. 13. tit. 7. qu. 19., sondern denjenigen, welche den Lauf der Verjährung erst vom Moment der Tilgung der Schuld an rechnen; denn früher war ja nicht actio nata, und da der Gläubiger nur pro alieno besitzt, so stände ihm entgegen, quod nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest. Dafür hat sich auch die gemeine Meinung entschieden; s. Leyser Vol. III. Sp. 155. Med. 9., Glück Thl. XIV. S. 171. und die vielen in not. 50. angeführten Autoritäten. [Ebenso Unterholzner Schuldverhältn. I. §. 767. u. Dernburg Pfandr. I. S. 159 ff. Dazu Puchta Vorles. §. 320. und Seuffert's Archiv VIII. No. 19.]

b) Die act. hypothecaria, mittelst welcher der Gläubiger jeden Besitzer auf Abtretung des Pfandes oder Zahlung der Schuld belangt. Hier kann die Frage entstehen:

I. Kann dem Kläger eine Usucapion der verpfändeten Sache entgegenstehen? Von Seite des Pfandschuldners gewiß nicht; l. 13. pr. D. 41. 3.; denn wie wäre da dem Pfandschuldner bona fides möglich? l. 1. C. 7. 36. – Selbst wenn die Schuldklage verjährt ist, soll, weil doch noch eine obligatio naturalis übrig bleibt, das Pfandrecht fortdauern; l. 2. C. 8. 31. intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota. cf. l. 14. §. 1. D. 20. 1., s. Glück Thl. XIII. S. 100 u. 380., Thl. XX. S. 162., Mackeldey Lehrb. Bd. I. §. 199. d. — Ein Dritter hingegen kann sich allerdings gegen die Abforderung der zum Unterpfand bestellten Sache mit der longi temporis praescriptio schützen, wenn er in bona fide ist, nämlich wenn er weder bei der Erwerbung, noch (nach canon. Recht) während der ganzen zur Ersitzung erforderlichen Zeit wußte, daß die Sache mit einem Pfandrecht belastet sey. Insofern kann selbst der Erbe des Verpfänders nach l. 5. D. 44. 3. sich durch die possessio longi temporis schützen, wenn er die von seinem Erblasser zum Unterpfand bestellte und in der Folge verkaufte Sache dem Käufer derselben wieder abkauft, weil er da in die Stelle des Dritten und nicht in die des Verpfänders tritt. In Tafel's auserlesenen Civilrechtssprüchen der höheren Gerichtsstellen in Würtemberg Bd. I. no. 30. S. 171. wurde selbst der Erbe als Besitzer in gutem Glauben anerkannt, weil er, obgleich seine Vorfahren zur Zeit der Erwerbung der verpfändeten Sache das darauf haftende Pfand gekannt hatten, doch nach einem 30jährigen Zeitablauf sich auf justam et probabilem opinionem berufen konnte, daß der Pfandgläubiger auf dieses Pfandrecht Verzicht geleistet habe.

II. Geht die hypothekarische Klage durch die 30—40jährige Extinctiv-Verjährung unter? Darüber ist, wie die eben angeführte Entscheidung zu erkennen gibt, im Allgemeinen kein Zweifel vermöge l. 7. C. 7. 39. Doch sind die Zeiträume verschieden. Es werden nämlich

a) 30 Jahre erfordert, wenn ein dritter Besitzer der verpfändeten Sache,*)

*) Die Verjährung der Pfandklage beginnt auch für den dritten Besitzer mit dem Momente, wo für den Schuldner und seine Erben die Verjährung von 40 Jahren beginnt, was nach der Lehre Weber's v. d. nat. Verb. §. 110. und 111. zu bestimmen ist. Man darf nicht mit Unterholzner Verjährungs-

b) 40 Jahre, wenn der Pfandschuldner sich gegen die hypothekarische Klage durch Verjährung schützen will,

c) 30jähriger Besitz nach dem Tod des Schuldners, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger sich gegen den vorgehenden durch Verjährung schützen will, während aber der Schuldner lebt, ein 40jähriger Zeitraum, so auch wenn der jüngere Pfandgläubiger sich etwas von dem Zeitraum zurechnen will, welcher bei Lebzeiten des Schuldners stattgefunden hat; l. 7. §. 2. 3. C. 7. 39., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. §. 249., Gesterding Pfandrecht S. 354.

Daß die Verjährung hier von dem Zeitpunkt anfängt, in welchem der Verjährende zum Besitz des Unterpfands gelangt ist, unterliegt wohl keinem gegründeten Zweifel, wie Unterholzner a. a. O. bemerkt; s. auch Gesterding a. a. O. S. 356.

Zweifelsfrei ist endlich auch, daß dadurch, daß ein Dritter die mit dem Pfandrecht behaftete Sache durch Usucapion erwirbt, dasselbe ebensowenig alterirt wird, als in der Person eines Käufers; l. 44. §. 5. D. 41. 3. — l. 7. C. 8. 14.

Zu 17) Das Pfandrecht wird zwar durch rechtmäßige Veräußerung der Sache geendigt, l. 6. l. 8. C. 8. 26., aber nicht eher als mit Erlegung des Kaufschillings von Seite des Erstehers und dadurch bewirkter Befriedigung des Pfandgläubigers; Leyser Vol. IV. Sp. 236. Med. 4., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 5. th. 16. not. 3., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 310.

Zu 18) Einige Gesetzesstellen scheinen zwar die bejahende Meinung zu rechtfertigen, besonders l. 14. D. 20. 6. u. l. 9. §. 3. D. 13. 7. in Verbindung mit l. 6. pr. D. 20. 6. u. l. 52. D. 46. 3., allein der Sinn derselben ist wohl kein anderer, als daß die Aufgebung des Pfandrechts alsdann angenommen wird, wenn sich der Gläubiger auf andere Weise befriedigt findet, was aber in der Annahme eines Bürgen nicht nothwendig und von selbst liegt; Thoma-

---

lehre Bd. II. §. 249. II. verlangen, daß, um dem dritten Besitzer die Berufung auf 30jährige Verjährung einzuräumen, er anzuführen habe, daß er und andere, ebenfalls dritte, Besitzer so lange das Pfand unbeunruhigt besessen hätten; l. 7. §. 2. C. 7. 39. handelt nur von dem singulären Fall, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger sein Pfandrecht geltend machen will. Die hinzugefügte Motivirung läßt sich nicht auf ein Princip, das allgemein anwendbar, oder mit l. 7. §. 1. C. 7. 39. in Einklang zu bringen wäre, zurückführen: s. Erkenntn. d. O.-A.-G. in Dresden im Wochenbl. f. m. Rechtsf. 1852. S. 217.

sius D. de remissione pignoris vel hypothecae per accept. chirographi novi aut fidejussoris §. 8. etc., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 231.

---

§. 132.

[9. Das moderne Hypothekensystem.*)]

[Abgesehen von den handelsrechtlichen Instituten sind es im Gebiete des Vermögensrechts nur zwei Stücke, in welchen der moderne (germanische!) Rechtssinn sich im Großen schöpferisch erwiesen und das Reich des Privatrechts durch Ausbildung neuer Grundideen gemehrt hat: das literarisch-artistische Urheberrecht und das Grund- und Hypothekenbuchsystem. Keine andere Hervorbringung des modernen Rechtssinnes kann sich im Vermögensrechtsgebiet an theoretischer Tiefe und praktischer Fülle mit jenen beiden Rechtsinstituten messen.

I. Das Pfandrecht überhaupt anlangend, so hat das moderne Rechtsleben den römischen Gedanken eines dinglichen Rechts, welches einer Forderung dienstbar und accessorisch ist — einen Gedanken, welcher von den Römern auch nur allmählich zu voller Klarheit entwickelt wurde — im Allgemeinen recipirt und dagegen gewisse einheimische Rechtsinstitute, welche ähnlichen Verkehrszwecken dienten, aber vom Pfandrecht verschieden waren, absterben lassen. Im Allgemeinen aber war man dabei bestrebt, ein größeres Maaß praktischer Handlichkeit und Sicherheit zu erreichen, als das römische Pfandsystem gewährte. In zwei Richtungen hin thut sich dieses Streben kund: indem für Mobiliarverpfändung das System des Faustpfands zur Herrschaft zu bringen, und für die Immobiliarverpfändung das Ingrossationssystem auszubilden gestrebt wird. Wenn an Mobilien nur ein Faustpfand constituirbar ist, so ist der besitzende Pfandgläubiger seines Rechtes und der Priorität völlig sicher; wenn an Immobilien nur durch Ingrossation und Löschung Hypotheken begründet und aufgehoben werden

---

*) [Der Verfasser hat dieses neueren Systems nur beiläufig einige Male gedacht. Es gilt von ihm aber dasselbe, was von mir oben in Betreff des Grundbuchsystems bemerkt wurde, daß die ganze moderne Entwickelung auf Vollanerkennung des Grund- und Hypothekenbuchsystems hindränge. Vergl. oben §. 106. zu Fr. 1. a. E. (Bd. II. S. 265.), §. 106 e. (Bd. II. S. 269.) und §. 112. zu Fr. 4. a. E. (Bd. II. S. 354.). Aus diesem Grunde schien es sachgemäß, demselben wenigstens Einen besonderen §. einzuräumen.]

können, so hat der Hypothekarier in dem öffentlichen Hypothekenbuche, in welches das Grundstück gleichsam hineinversetzt und ideell dargestellt ist, die volle Sicherheit seines Pfandrechts und seiner Pfandstelle. Mit den Maximen der Publicität und der Specialität ist das Elend der gesetzlichen, generellen und privilegirten Hypotheken des Römischen (nachklassischen) Kaiserrechts überwunden und eines der wichtigsten nationalökonomischen Postulate unsrer Zeit erfüllt. Es ist damit der gebundene Realkredit aus seinen Fesseln erlöst, der ergiebige Werth, welcher im Grundbesitzthum enthalten, verborgen ist, gleichsam erst recht an's Tageslicht gezogen, der lebendigen und raschen Strömung des modernen Verkehrswesens angenähert und der vornehmsten Macht in demselben, dem Kredit, dienstbar gemacht.

II. Ist nun dieses Ingrossationssystem etwas dem Röm. Recht gegenüber durchaus Neues und Fremdes? So scheint es, wenn nur die Außenseite in Betracht gezogen wird; eine innerliche Betrachtung aber zeigt uns, daß dieses moderne System zugleich eine Fortbildung römischer Rechtsideen vermittelt und die römische Hypothek in eine solche Gestalt bringt, daß sie den gesteigerten nationalökonomischen Forderungen gewachsen zu seyn nicht aufhört. Diese Forderungen gehen dahin, daß der Werth des Grundbesitzthums möglichst disponibel gemacht werde, und dies geschieht durch Parcellirung und Mobilisirung; die moderne Hypothek aber ist die Rechtsform, in welcher der Grundwerth parcellirt und mobilisirt werden kann. Zur Erläuterung dieses Gedankens diene Folgendes.

III. Bekanntlich gewährte die Hypothek bei den Römern anfangs dem Pfandgläubiger nur ein jus possidendi (ein Recht den Besitz zu verlangen und sich darin zu erhalten); bald ward es üblich, dem Pfandgläubiger ein eventuelles jus distrahendi daneben einzuräumen; dann galt dieses Recht als ein selbstverständliches, stillschweigend bewilligtes, endlich als der hauptsächliche, das Besitzrecht in Schatten stellende, ja wesentliche und nicht einmal durch Vertrag entziehbare Inhalt des Pfandrechts. Mit dieser Spitze der Entwickelung (s. v. Vangerow Pand. I. §. 379. Anm. z. A.) war die Idee gesetzt, daß in der hypothekarischen Disposition eine eventuelle Veräußerung, also eine wirkliche Verfügung über das Object, bis zum Betrag der gesicherten Forderung, enthalten sey: die Verpfändung nahm die ökonomische Bedeutung einer besonderen Ver-

äußerungsart an. Mit dieser Bedeutung ausgestattet trat die römische Hypothek in unser Rechtsleben ein.

IV. Hier traf sie auf verschiedene andre Institute, die einheimischen Vorgängerinnen der modernen Hypothek; in ihnen prägen sich Schritte der einheimischen Realkreditentwickelung ab, welche uns an jene Stadien des Röm. Rechts erinnern. In der früheren (volks- und landrechtlichen) Periode des germanischen Güterverkehrs war bekanntlich neben dem Mobiliarfaustpfand (wadium) ein eigenthümliches Institut, die s. g. ältere Satzung, vorgekommen, durch welches dem Gläubiger eine Pfandgewere und damit Besitz und Genuß des Gutes, mit Bestimmungen über den Wiedereinlösungs- und bez. Verwirkungsfall, eingeräumt wurden (s. Albrecht Gewere S. 144 ff., Budde Zeitschr. f. deutsch. R. IX. S. 435 ff.). Für den städtischen Verkehr mußte diese, an die römische fiducia erinnernde, Satzung zu schwerfällig seyn, es bildete sich daher hier eine neue Art, den Grundwerth in bewegliche Werthe umzusetzen, in der Form des Rentengeschäfts, welches den geldaufnehmenden Rentenverkäufer im Besitz und Genuß seines (Haus-) Grundstücks beließ und dem Rentenkäufer nur eine ideelle Gewere (Zinsgewere) gab. In dieser Form des Rentenverkaufs wurden Kapitalien auf das Grundstück aufgenommen und die Rente, wie man sagte, „aus dem Grundstück verkauft“ (s. Beseler System Bd. II. S. 134.): ein guter, nationalökonomisch correcter Ausdruck, denn der für die Rente geleistete Preis war der in eine Geldsumme verwandelte Grundwerth, welchen der Grundbesitzer sich auf solche Weise flüssig machte, und der darin ausgedrückte Werth der Rente war der Betrag, um welchen der Werth des Grundstücks nun gemindert war. Durch Verkauf mehrer Renten konnte der Grundbesitzer sein Grundstück gewissermaaßen (ideell) parcelliren, und so nach Bedürfniß über den Werth verfügen, ohne doch das formelle Verhältniß zum Grundstück einzubüßen, denn der Rentenkäufer hatte kein Kündigungsrecht (Ewiggeld). — Die ältere Satzung und das Rentengeschäft stimmten darin überein, daß das Recht des Darleihers nicht den Charakter einer eigentlichen und selbständigen Forderung (obligatio) hatte, sondern wesentlich nur als dingliches Recht am Grundstück, als ein unmittelbar, doch ideell, aus dem Grundstück selbst ausgeschiedener Werth erschien und mithin immer von dem reellen Schicksal des Grundstücks abhängig blieb. Es ergibt sich hieraus, daß das dingliche Recht (Gewere) nicht als ein accessorisches im Sinne der römischen Hypothek gedacht werden

darf (s. Beseler a. a. O. S. 138.), und es zeigt sich hier die Wurzel der unser modernes Hypothekenrecht noch beherrschenden Neigung, die Hypothek von der Bedingtheit durch eine selbständige Obligation möglichst zu emancipiren und so wirklich als eine Form des selbständigen Disponirens über den Grundwerth auszubilden. Je größer die Selbständigket der Hypothek ist, um so mehr nähert sich die Verpfändung der wirklichen Veräußerung und Verwerthung.

V. Vielleicht schon unter dem Einfluß römischer Rechtsvorstellungen bildete sich später die s. g. neuere Satzung, d. h. eine Satzung ohne Besitzübertragung, bei welcher die Selbständigkeit des Forderungsrechtes, für welches das gesetzte Grundstück zur Sicherheit dienen sollte, mehr hervortrat und sich namentlich in dem geordneten Distractionsverfahren äußerte. In dieser neuern Satzung trafen die convergirenden Linien der römischen und der germanischen Rechtsidee auf einander, und indem der Modus der öffentlichen Buchung (Ingrossation), welcher sich aus der alten Auflassung hervorgebildet hatte, auf das Verhältniß übertragen ward, rettete sich manches Stück der germanischen Realkreditordnung durch die römische Hypothekenverwirrung hindurch.

VI. Uebrigens enthielt auch das römische Hypothekenrecht einige zarte Keime, welche, wenn sie kräftig weiter entwickelt worden wären, sehr gut als Anknüpfungspunkte für die oben bezeichnete Neigung, die Hypothek zu emancipiren, hätten benutzt werden können. Dernburg Pfandr. I. §. 66. 69. 72. hat nachgewiesen, daß der accessorische Charakter des Pfandrechts schon im Röm. Recht nicht in der meisthin angenommenen Extremität durchgeführt war (vergl. dazu Kuntze in d. Heidelb. krit. Zeitschr. V. S. 403—408., Windscheid Lehrb. I. §. 225. Anm. 7.); Simon in einem Aufsatze über die Selbständigkeit des Pfandrechts und der Pfandrechtsstelle (im Arch. f. civilist. Prax. XLI. S. 32 ff.) hat auf einige andere Punkte das Auge gelenkt und u. A. daran erinnert, daß schon nach Röm. Recht die Confusion in Bezug auf das Pfandobject — nämlich der Eigenthumserwerb desselben seiten des Pfandgläubigers — dessen Pfandrecht nicht schlechthin unwirksam machte, sondern die Priorität unangetastet und gleichsam eine Pfandrechtsstelle bestehen ließ*) (a. a. O. S. 56—61.; dazu Windscheid a. a. O. §. 248. No. 4. u. §. 249. No. 1.).

---

*) Vergl. dazu v. d. Hagen Die Hypothek des Eigenthümers (Arnsberg 1836).

Auf dieser Bahn nun ist der moderne Rechtssinn mit neuen Mitteln, wie sie das Grundbuchsystem eben darbietet, rüstig fortgeschritten. Die Emancipation der Hypothek von ihrem Accessionscharakter, die Selbständigkeit der Pfandrechtsstelle und die volle Ausbildung einer hypothekarischen Succession (s. Dernburg im Arch. f. civ. Prax. XLI. S. 1 ff., Windscheid a. a. O. I. §. 225. S. 583. und §. 233 a. Anm. 3.) zeigen uns den nationalökonomischen Dienst, welchen das neue Hypothekensystem leisten soll und wird. Mittels der Ingrossation kann in einer festen Weise die ideelle Parcellirung des Grundstückswerthes normirt und in erkennbarer Weise dargestellt, oder wie Simon (a. a. O. S. 55. u. 63.; dazu ebendas. XLI. S. 348.) es ausdrückt, die eingetragene Hypothek gleichsam zu einem sichtbaren Werthobject gestaltet werden.

VII. Auf der Grundlage der Hypothekenbücher aber läßt sich die Emancipation der Hypothek noch weiter ausbilden, indem die constituirten Pfandstellen in besonderen negociablen Urkunden Ausdruck finden können, wodurch der parcellirte Grundwerth zugleich entsprechend mobilisirt wird. Anfänge hierzu sind in den Mecklenburger und Preußischen Hypothekenscheinen (s. Beseler System II. §. 97. S. 162.) oder „Hypothekeninstrumenten" zu erkennen; in bemerkenswerther Weise finden wir dieses System in den Züricher Schuld- und Versicherungsbriefen (s. Zürich. Gesetzbuch §. 798.) und besonders in den s. g. Bremer Handfesten fast bis zum Extrem ausgebildet;*) auf diese Handfesten, welche in der That ideell mobilisirte und in die Gestalt negociabler Werthpapiere gegossene Grundstückswerthe sind, ist neuerdings von vielen Seiten die Aufmerksamkeit gelenkt**) und auf sie als ein allgemein anzustrebendes Ideal hingewiesen worden. Dies ist in neuester Zeit wieder von Lehmann die Mobilisirung des Hypothekenbriefes (Erlangen, 1863), S. 26 ff. geschehen, welcher jedoch mit Recht zugleich auf die Gefahren der extremen Mobilisirung hinweist und die Einhaltung angemessener Schranken befürwortet.

---

*) Bremer Erbe- und Handfestenordnung v. 19. Decemb. 1833. Revid. Handfestenordnung v. 30. Juli 1860.

**) Vergl. Gildemeister Zwo Abhandlungen aus dem Handfesten- und dem Pfandrecht der Reichsstadt Bremen (Bremen 1794), S. 2 ff., Grattenauer Beiträge z. Erläut. d. Wechselrechts I. (Berlin 1802), S. 16., Heineken im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXXII. S. 94—103., Deutsche Vierteljahrsschr. October 1857. S. 50–65., Miller Mittheilungen an den 3. volkswirthschaftlichen Congreß zu Cöln üb. d. Einrichtung der Handfesten in Bremen (1861). Kuntze in Goldschmidt's Zeitschr. f. H.-R. VI. S. 26.

Die Gefahr der leichtsinnigen Verzettelung liegt nahe, wenn die Hypothekenscheine für selbständige Werthpapiere erklärt und durch Stellung auf Inhaber unbeschränkt negociabel gemacht werden; diese Vermögensverzettelung aber ist um so bedenklicher, da es sich dabei um Grundbesitz handelt, und der öffentliche Wohlstand ein Interesse daran hat, daß die immobilen Werthbestände, welche durch ihre Natur die feste und solide Basis allen Güterlebens und gleichsam das Bett der Strömung bilden, nicht durch künstliche Mobilisirung in die Strudel und Stromschnellen des oft übermäßig beschleunigten Güterverkehrs hineingerissen, zerwühlt und aufgelöst werden. Das System der Bremer Handfesten, unbedingt verallgemeinert und ohne das lokale Metrum bürgerschaftlicher Controle durchgeführt, müßte jenen Auflösungsprozeß zur Folge haben; es würde Jeder sein ganzes Grundbesitzthum, in Gestalt von Circulationspapieren, bei sich in der Tasche mit herumtragen können, und jede gute und schlimme Veranlassung den Besitzer in der Lage treffen, sofort seinen Grundbesitz zu größeren oder geringeren Theilen zu belasten, d. h. hier zu entwerthen, zu veräußern. Jede Handfeste bildet ein künstliches Segment des Realwerthes, und bald würde ein guter Theil des immobilen Nationalreichthums in cirkulirende Parcellen aufgelöst, dem kühnen Luftgebäude des Kreditwesens das natürliche Fundament entzogen und die steigende Verkehrsflut über die zerstörten Ufer hinausgetrieben werden. Neben dem Bewußtseyn dieser Gefahr ist aber der Gedanke festzuhalten, daß in einem solchen Handfesteninstitute die ideelle Parcellirung und Mobilisirung des Grundbesitzthums, die Selbständigkeit der Hypothek, die Möglichkeit einer Hypothek (Pfandstelle) am eigenen Grundstück und die hypothekarische Succession allerdings ihren vollkommensten Ausdruck fänden.

VIII. Von dem auf genossenschaftlicher Vereinigung der kreditsuchenden Grundbesitzer eines Landes oder Kreises beruhenden System der Pfandbriefe (s. Götze die Reform des Hypothekenwesens; Berlin 1857. und Kuntze Lehre v. d. Inhaberpap. §. 22. S. 87. §. 110. S. 475. und §. 131.) ist in diesem Zusammenhange abzusehen, obwohl es vom nationalökonomischen Standpunkte aus betrachtet gleichfalls hier eingreift.

IX. Das Einzelne der Lehre vom modernen Hypothekenwesen gehört nicht hierher, da wir bis jetzt auf diesem Gebiete nur partikularrechtliche Gestaltungen vor uns haben. In einigen deutschen Ländern sind kaum Anfänge dazu vorhanden, indem man daselbst

auf dem Standpunkt der „neueren Satzung" stehen geblieben und nur die zur Hypothekbestellung erforderte öffentliche Beurkundung mit dem Erforderniß einer genauen gerichtlichen Prüfung und Confirmation verbunden hat; diese causae cognitio muß von der competenten Gerichtsbehörde ausgehen, betrifft nicht bloß die Rechtsbeständigkeit, sondern auch die Angemessenheit der Hypothek und unterscheidet sich eben dadurch von dem pignus publicum des Röm. Rechts. Dieser gerichtlichen Hypothek des deutschen Rechts wird in den betreffenden Ländern der Vorzug vor allen anderen Conventionalhypotheken eingeräumt.

In anderen Ländern aber (Preußen, Bayern, Kön. u. Großh. Sachsen u. s. w.) ist das System der Hypothekenbücher mit mehr oder weniger Folgerichtigkeit eingeführt worden; nach dem consequenten System gelten weder generelle, noch gesetzliche, noch privilegirte, noch einfach öffentliche Hypotheken, sondern die einzige absolut wirkende Entstehungsart für Immobiliar-Hypotheken ist die an competenter Stelle bewirkte Eintragung in das öffentliche Hypothekenbuch; private Rechtsgeschäfte, welche über Errichtung einer Hypothek eingegangen werden, verbinden den Schuldner, aber gewähren nur einen Eintragungstitel; die Rangordnung bestimmt sich nach dem Datum der Eintragung. Jedes Grundstück hat sein specielles Folium. Die erfolgte Eintragung vertritt gewissermaßen den pfandrechtlichen Besitz (s. Simon im civilist. Archiv XLI. S. 350.). Nur zu bestimmten, auf Geldsummen reducirten Werthbeträgen werden Hypotheken eingetragen (dieser Satz mangelt dem Preuß. Recht: s. Beseler System Bd. II. §. 97. S. 152.). Jedem, wenigstens jedem Interessenten, steht die Einsicht in die Hypothekenbücher offen. Was nicht eingetragen ist, existirt rechtlich nicht (quod non in libris, non in mundo), und das Eingetragene ist Dritten gegenüber schlechthin maaßgebend; mit diesem Princip sind daher Verjährung und alle Fälle der in integrum restitutio ausgeschlossen, und ergibt sich zugleich die Zweckmäßigkeit eines legalen Maximum von Zinsen und Kosten, für welche neben dem Grundstock die Hypothek mit haftet. Protestationen (Ein- und Ansprüche) gegen eine Eintragung können bis zur Entscheidung des Streites einstweilen im Hypothekenbuche vorgemerkt werden, um sie für den Fall ihrer späteren Anerkennung gegenüber der absoluten Beweiskraft des Hypothekenbuches zu wahren. Der eingetragene Posten bleibt als selbständige Pfandstelle bis zur Löschung bestehen, gilt also ohne Rücksicht auf das Fortbestehen einer betreffenden

Forderung; er kann auf den Eigenthümer des Grundstücks selbst übergehen, und von diesem wieder, unter Wahrung des einmal begründeten Ranges, auf Dritte, wie ein zur Verfügung des Eigenthümers offen stehendes Werthobject, cedirt werden, und es erscheint hierbei, da, auf die zugrunde liegende Forderung nichts ankommt, jede obrigkeitliche Erörterung über die Rechtsbeständigkeit des Rechtsgeschäfts überflüssig und die abstracte Willenserklärung des Cedenten genügend. Erfüllung der Forderung hebt nicht die Hypothek auf, sondern begründet nur einen Rechtstitel auf Löschung.

Nicht alle diese Consequenzen des streng durchgebildeten Formalsystems sind in allen Ländern, welche Hypothekenbücher haben, angenommen, wie denn auch dieses System in Betreff des Eigenthums und der Servituten noch nicht zur vollen Anerkennung gebracht ist.

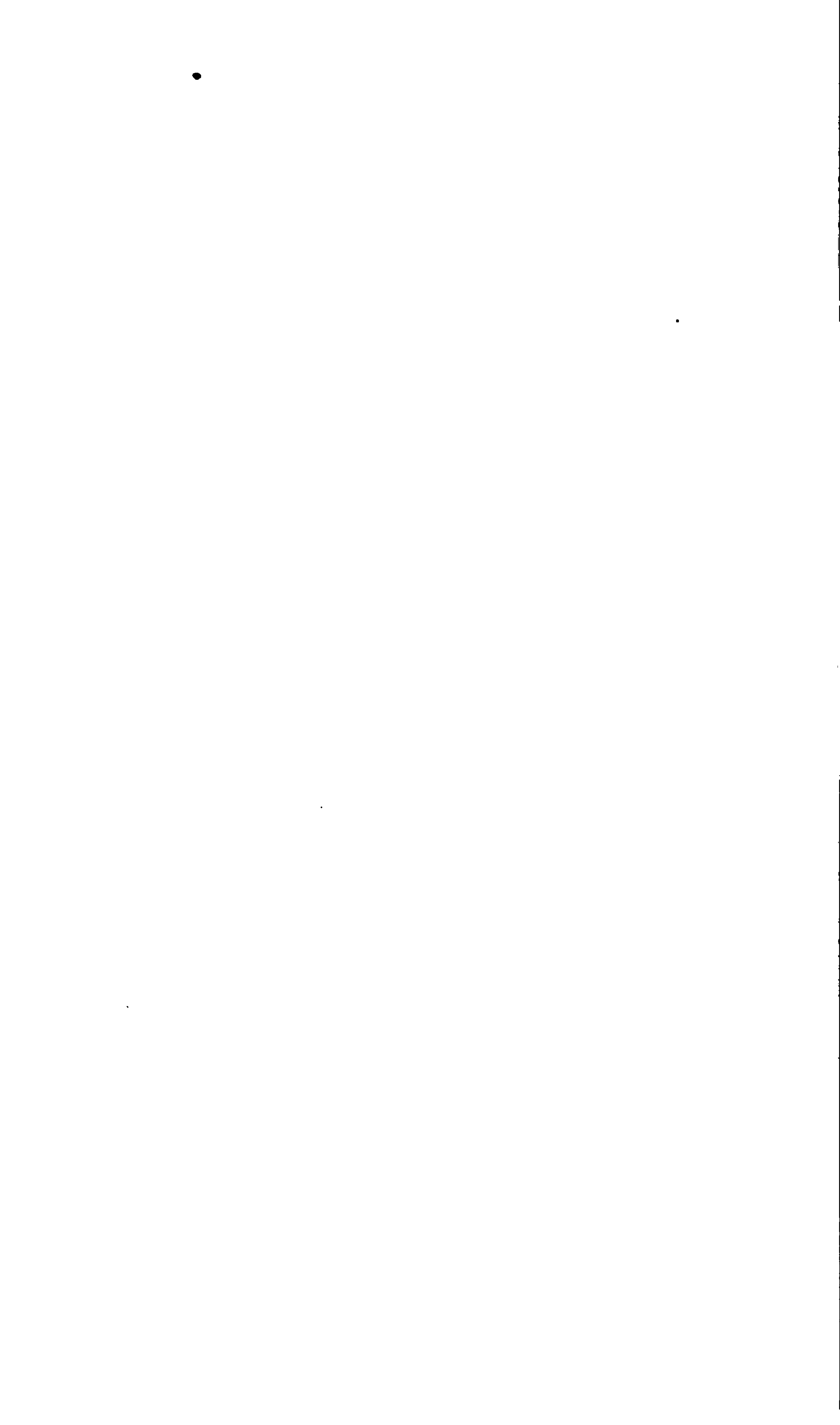
Vergl. Eichhorn Einleit. i. d. deut. Privatr. (8. Aufl.) §. 190., Beseler System Bd. II. §. 97., Walter System §. 141—145., Bluntschli Deut. Privatr. §. 100. 101., v. Gerber System §. 151., Brinz Pand. I. §. 78. 80. 82., Windscheid Lehrb. d. Pandectenr. Bd. I. §. 229.

Daß es in der weiteren Consequenz dieses Systems gelegen sey, die Assecuranzgelder implicite vom Pfandrecht ergriffen werden zu lassen, ist bereits oben in §. 126 a. E. angedeutet worden.

X. Es ist im Eingange dieses §. auch des Faustpfandes gedacht worden; auf dieses namentlich bezieht sich folgende Bemerkung. Jene Tendenz, die Verpfändung der wirklichen Veräußerung anzunähern, oder m. a. W. die Verpfändung zu einem besonderen Mittel, über den Sachwerth des Pfandobjects zu disponiren, auszubilden, zeigt sich auch darin, daß Vereinbarungen, wodurch dem Pfandgläubiger außergerichtliche Veräußerung des Unterpfandes (pactum de distrahendo pignore) oder käufliche Behaltung desselben für einen jetzt oder auch erst dereinst zu bestimmenden („billigen") Preis eventuell zugestanden, oder auch das Unterpfand später im Fall der Verwirkung an Zahlungsstatt überlassen wird, mit Vorliebe verfochten und ausgedehnt werden: Thibaut System 8. Aufl. §. 795., Puchta Pand. §. 207. Anm. e., v. Vangerow Pand. I. §. 383. No. 2., Auerbach D. neue Handelsgesetz systematisch dargestellt, I. (1863), S. 276. Ausdrücklich hat auch das deutsche Handelsgesetzbuch manche Distractionserleichterungen, welche usanzmäßig bestanden, sanctionirt; H.-G.-B. Art. 309—311.

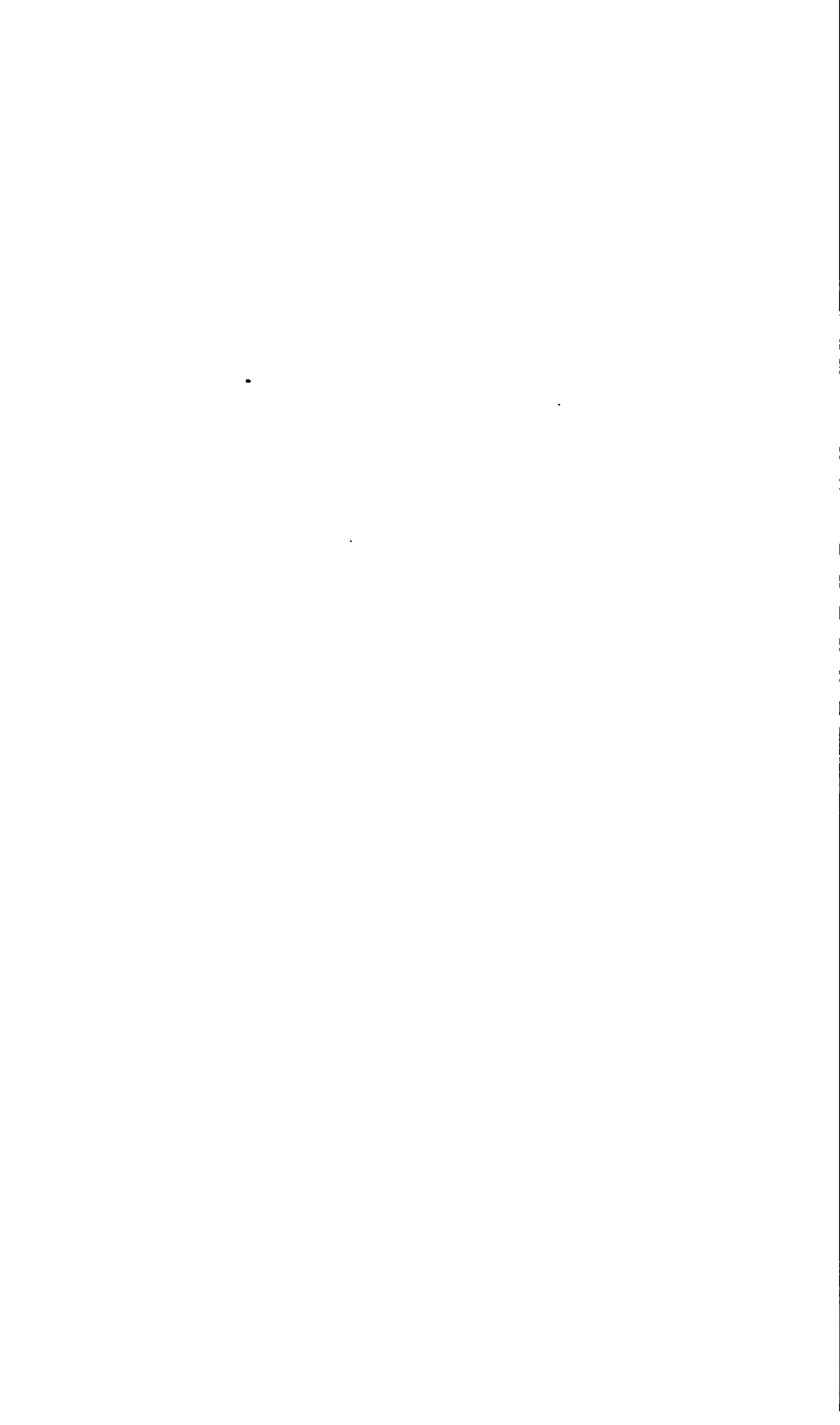
XI. Nach dem Vorausgeschickten ist es klar, welche Bedeutung

die Bremer Handfesten haben und haben können; sie sind mobilisirte Pfandstellen. Heineken a. a. O. (s. oben sub VII.) sagt über sie: 1) Es kann ein Grundstück im Voraus für künftige eventuelle Fälle verpfändet werden, ohne daß noch eine Hauptschuld existirt. Gewöhnlich willigt ein Eigenthümer gleich bei der Erwerbung seines Grundstücks Handfesten, was späterhin leicht auffallen könnte. Sowie er Geld braucht, benutzt er die Handfesten ohne irgend eine Controle, ohne Kosten und Weitläufigkeiten; der Gläubiger mag sich noch so oft ändern, die Handfesten mögen versetzt, wieder eingelöst und wieder versetzt werden, nie ist eine abermalige Willigung erforderlich, sie gehen wie Mobilien von einer Hand in die andere, und so erscheint das Grundstück selbst gleichsam als eine Mobilie. Selbst die reichsten Kaufleute beschweren ihre Grundstücke mit Handfesten, und leihen auf dieselben wenigstens die ersten Gelder, da sie diese für sehr billige Zinsen erhalten, mit dem Gelde aber in ihrem Geschäfte weit erheblichere Vortheile erzielen können. Auf diese Weise sind in Bremen Grundstücke wie Waarenlager keine todte Capitalien, sondern die Stellvertreter des baaren Geldes. 2) Die Priorität der einzelnen Handfesten richtet sich nicht nach dem Datum ihres Versatzes, sondern nach der aus der Handfeste selbst sich ergebenden Reihenfolge, indem in jeder Handfeste stets angegeben ist, welche Summe gerade dieser Handfeste vorgeht. 3) Durch Tilgung der Schuld verliert der Gläubiger zwar jedes Recht an der Handfeste, allein diese selbst erlischt dadurch nicht, bleibt vielmehr als bestimmte Pfandstelle bestehen und kann mithin noch immer vom Grundstückseigenthümer wieder versetzt werden, ohne daß es der Dazwischenkunft einer Behörde bedürfte.]



IV. Theil.

Erbrecht.



Kapitel I.

Allgemeine Grundsätze.

§. 133.

Durch den Tod einer Person kommt ein Inbegriff von Sachen und Rechten [besser: von dinglichen und anderen Rechten] als ein für sich bestehendes, durch eine rechtliche Fiction den Verstorbenen l. 34. D. 41. 1. — §. 2. J. 2. 14. — l. 31. §. 1. D. 28. 5., eventuell aber nach l. 24. D. 46. 2. — l. 54. D. 29. 2., schon den künftigen Erben repräsentirendes Vermögensganzes zur Erscheinung, welches die Gesetze nicht rechtlos lassen können. Während des Intervalls, welches zwischen dem Anfall und wirklichen Erwerb der Erbschaft von Seite eines Erben durch deren Aneignung liegt, muß daher diese universitas bonorum, s. l. 37. D. 29. 2., selbst als ein Rechtssubject gelten, und eine interimistische Vertretung durch obrigkeitliche Aufstellung eines Curators bewirkt werden, welche aber sogleich aufhören muß, nachdem sich ein Erbe legitimirt hat; denn daß hier und da dieserhalb ein contentioses Verfahren zwischen dem Erbschafts-Prätendenten und dem Curator formirt wird, tadelt Schweppe im röm. Privatr. Bd. V. §. 779. mit Recht als einen Mißbrauch, so auch Strippelmann neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O.-A.-G. zu Cassel Thl. I. no. 26. u. 29.

1) Wenn wir nun in der hereditas jacens, welche so lange dauert, bis eine Erbschaftsantretung erfolgt, ein Rechtssubject anzuerkennen haben, demselben aber doch nicht alle Vermögensrechte und Verbindlichkeiten zugeschrieben werden können, so fragt sich besonders, ob die hereditas jacens fähig sey, zu besitzen und Rechte zu erwerben?

2) Kommen die 9 sogenannten Trauertage blos den Erben oder auch andern Verwandten gegen was immer für Forderungsklagen zu Statten?

3) Indem unter der Erbschaft successio in omne jus, quod defunctus habuit, verstanden wird, l. 3. pr. §. 1. D. 37. 1.

— l. 24. l. 119. l. 208. D. 50. 16. — l. 50. pr. D. 5. 3. — l. 62. D. 50. 17. fragt sich, ob denn alle Sachen und Rechte des Verstorbenen vererbt werden können, oder welche nicht?

4) Die nächste Frage richtet sich sofort an die Successionsfähigkeit *); insbesondere:

a) ist die über die Kinder — nicht auch Enkel — und vorzüglich über die Söhne der Hochverräther in l. 5. C. ad L. Jul. majest. (9. 8.) verhängte Successionsunfähigkeit noch als geltendes Recht zu betrachten? desgleichen

b) die in l. 1. C. de secundis nuptiis (5. 9.) ausgesprochene Erbunfähigkeit der Wittwe, welche sich noch innerhalb des Trauerjahrs wieder verheirathet (was denn auch nach Nov. 39. c. 2. von der in dieser Periode geschwängerten Wittwe gälte), oder auch derjenigen, welche, bevor sie Rechnung gelegt und einen Vormund erbeten hat, eidlicher Versicherung entgegen, zur zweiten Ehe schreitet?

c) ob Pasquillanten zufolge l. 21. pr. D. 22. 5. — l. 26. D. 28. 1. — l. 5. §. 9. D. 47. 10. — Theoph. Paraphr. Lib. II. tit. 10. §. 6. als successionsunfähig zu betrachten seyen?

d) Sind collegia und universitates ohne Unterschied rechtlich befähigt, eine testamentarische Erbschaft zu erwerben [Städelsche Beerbungsfall!]?

e) Daß den zwar noch nicht geborenen, aber doch schon erzeugten Kindern das gesetzliche Erbrecht zuzugestehen sey, leidet wohl keinen Zweifel, qui conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur, l. 7. D. 38. 16. — ob aber auch später erzeugten und geborenen?

Bei der testamentarischen Erbschaft insonderheit fragt sich, wie folgender Fall zu entscheiden sey: A. errichtete ein Testament, in welchem er unter andern Zweigen seiner Verwandtschaft auch den sämmtlichen Kindern seines Bruders B. einen Erbtheil von 20,000 Thlrn. zuwandte, dergestalt, daß derselbe nicht an ihren Vater, sondern an die seinen Kindern gesetzten Vormünder ausgezahlt wer-

*) Eine besondere Erörterung de successione furioso delata, s. Tübinger crit. Zeitschr. Bd. II. S. 177., von der bonorum possessio furios. nomine v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXX. S. 1.

den sollte. Ein Jahr nach des Testirers Tod wurde dem B. noch eine Tochter geboren; kann diese nun auch einen Antheil an den 20,000 Thlrn. in Anspruch nehmen?

5) Zu welcher Zeit muß die Successionsfähigkeit vorhanden seyn, um ab intestato oder aus einem Testament erben, desgleichen ein bedingtes oder unbedingtes Legat erwerben zu können?

6) Kann das bei Nachlaßverträgen gestattete Zwangsrecht der Majorität der Erbschaftsgläubiger, gegen deren Minorität von demjenigen Erben, welcher die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten hat, geltend gemacht werden?

7) Bei der Wichtigkeit des Unterschieds zwischen Universalsuccession, welche immer das Vermögen als eine universitas oder als ein ideelles Ganzes, es sey nun im Ganzen oder einen ideellen Theil, immer aber also die Einzelnheiten nur mittelbar erfaßt, und der Singularsuccession, welche nur Einzelheiten zum Gegenstand hat, — daher der Singularsuccessor auch nur die auf dem einzelnen Gegenstand haftenten Lasten (onera rei) zu übernehmen hat, wie z. B. der legatarius und fideicommissarius singularis, — kommt besonders in Frage, ob die donatio omnium bonorum, vorzüglich wenn sie mortis causa geschieht, zu den Fällen der Universalsuccession zu zählen sey?

8) Daraus, daß sui heredes*) ohne Adition ipso jure Erben werden, entsteht, im Fall sie diese Eigenschaft verneinen, die Frage über die Beweislast, ob nämlich der Nachlaßgläubiger beweisen müsse, daß sich der suus immiscirt habe, oder dieser daß er vom beneficio abstinendi Gebrauch gemacht habe? vergl. folgendes Kap. VI. §. 181. zu Fr. 1. und 1 a.

9) Ist auch derjenige den Erbschaftsgläubigern verhaftet, welcher eine ihm deferirte Erbschaft gegen Bezahlung einer gewissen Summe oder gegen einen andern Vortheil ausschlägt?

---

*) D. i. solche, welche der Gewalt des Erblassers unterworfen waren; im Gegensatz der extranei heredes, nämlich solcher, welche es nicht waren, mithin erst durch einen eigenen Willensact eine Erbschaft erwerben konnten, s. unten Kap. VI. §. 181. — wozu, abgesehen von besonderen Vorschriften des Testators, jede formlose Erklärung, und selbst eine stillschweigende durch Handlungen (pro herede gestio) genügt. Eine Zeitfrist ist im Allgemeinen nicht vorgeschrieben, auf Anbringen anderer Interessenten aber wird ein tempus deliberandi gegeben.

10) **Es geschieht nicht selten, daß Kinder von ihren Eltern rücksichtlich ihres künftigen Erbtheils schon bei Lebzeiten der Eltern abgefunden werden, daher die Frage entsteht, ob eine solche anticipirte Erbschaft auch die Verbindlichkeit der Abgefundenen für die sich seiner Zeit ergebenden, den Nachlaß übersteigenden Schulden zur rechtlichen Folge habe?**

11) **Sind Erbschaftsstreitigkeiten der Juden nach Mosaischem Recht und Ritualgesetzen oder nach gemeinem Recht zu entscheiden?**

Zu 1) Eigentlich könnte wohl der Erbschaft kein Besitz zugeschrieben werden, aber die Praxis betrachtet denjenigen, welcher für sie possessorische Rechtsmittel gebraucht, welche sich auf den Besitz des Erblassers gründen, als negotiorum gestor oder procurator des künftigen Erben, dessen Recht, wenn er die Erbschaft antritt, regelmäßig bis auf den Tod des Erblassers zurückbezogen wird; l. 54. D. 29. 2. — l. 138. pr. l. 193. D. 50. 17. Es ist daher keinem Bedenken unterworfen, daß die hereditas jacens durch den Curator, welcher ihr so lange beigegeben wird, als entweder kein Erbe aufgetreten oder dieser noch in deliberatione begriffen ist, Besitz erwerben könne; l. 3. D. 27. 10. l. 8. D. 42. 4., Schweppe röm. Privatr. Th. V. §. 779., v. Savigny Recht des Besitzes §. 26 a. E. Sie kann auch Rechte erwerben, z. B. durch Accession, l. 20. §. 3. l. 25. §. 20. l. 27. D. 5. 3., durch Vollendung einer angefangenen Ersitzung, l. 30. pr. D. 4. 6. — l. 31. §. 5. l. 40. D. 41. 3., mithin insoweit, als nicht die Ausübung und Erwerbung eines Rechts die Existenz einer physischen Person und deren Handlung schlechterdings erfordert; l. 61. D. 41. 1. In der Natur der Sache liegt es auch, daß sie nicht wie andere juristische Personen einen ususfructus erwerben kann; l. 61. §. 1. D. 41. 1. — l. 26. D. 45. 3. Auch kann sie nicht, wohl aber der künftige Erbe als incerta persona zum Erben eingesetzt werden; §. 27. J. 2. 20., v. Savigny System Bd. II. S. 365. 2c., Arndts im Rechtslex. Bd. IV. S. 4.

Die hereditas kann z. B. keine Personalservitut erwerben, weil eine solche nothwendig eine Person voraussetzt, welche sich dieselbe constituiren läßt. Sie kann auch keine Erbschaft erwerben*), dies

---

*) Die Ausnahme in Ansehung des servus hereditarius (§. 2. J. 2. 14. — l. 52. D. 28. 5. cf. Mühlenbruch Forts. v. Glück's P.-C. Thl. XXXIX. S. 223.) kommt h. z. T. nicht mehr in Betracht.

schon deswegen nicht, weil sie den Verstorbenen repräsentirt, ein solcher aber nicht zum Erben eingesetzt werden kann, aber auch darum nicht, weil zur Erbschaftsantretung eine Handlung nöthig ist. Eine Handlung kann aber nicht von ihr gefordert werden, deshalb kann sie auch nicht in eine mora fallen. Die mora des Erblassers wird vielmehr durch den Tod unterbrochen, und schadet also dem Erben vor der Erbschaftsantretung nicht; l. 5. §. 20. D. 36. 4., Glück Thl. VI. S. 533.*)

Gleichwohl aber kann die hereditas jacens eine vom Verstorbenen angefangene Usucapion fortsetzen und vollenden; l. 31. §. 5. l. 40. l. 44. §. 3. D. 41. 3.

Zu 2) Nach Nov. 115. c. 5. sollen nicht blos die Erben des Verstorbenen, sondern auch seine Verwandten, hinterlassener Gatte, Verschwägerte und seine Bürgen, während der 9 Trauertage nicht in Anspruch genommen werden, und zwar nicht nur nicht von den Erbschafts-, sondern von gar keinen Gläubigern, s. Grolmann Magazin f. d. Philosophie des Rechts rc. Bd. IV. no. 8. Diese den Erben eingeräumte Begünstigung coincidirt in ihrer Hauptwirkung, sowie das durch das Sächsische Landr. Bd. I. Art. 22., Bd. III.

---

*) [Hieran erkennt man, daß die hereditas jacens keine juristische Person im eigentlichen Sinne ist, und daß v. Savigny mit seiner Behauptung, wonach jenes Institut hauptsächlich um des Erwerbs durch Sclaven willen eingeführt worden, in gewisser Weise Recht hat (System II. S. 367.). Eine juristische Person kann einen usufructus erwerben, die hereditas jacens nicht, denn sie ist nicht eine auf eigenen Füßen stehende Person, sondern repräsentirt nur die fictionsweise fortgesetzte persona defuncti, die einer reellen Nutznießung unfähig ist. Vergl. oben Bd. I. §. 29. Anm. (S. 301. 302.).

Wenn aber v. Savigny hinzusetzt, daß der Begriff der hereditas jacens heutzutage ganz fallen zu lassen sey, weil er der praktischen Bedeutung ermangele, so ist Letzteres im Ganzen (abgesehen von der Usucapion) wohl zuzugeben, indeß der Begriff behält seine theoretische Bedeutung für die Construction des Erbverhältnisses; vergl. z. B. l. 10. D. 19. 1. — l. 30. D. 4. 6. — l. 3. §. 4. D. 41. 2. — l. 59. D. de R. J. Dazu Kuntze die Oblig. u. Singularsuccess. S. 219. u. 379. — Uebrigens wollen bekanntlich manche Neuere gerade aus dogmatischen Gründen die Idee der Persönlichkeit der hereditas jacens verwerfen, indem sie den Begriff des Vermögens (bona, patrimonium, hereditas) ohne ein persönliches Substrat construiren; vergl. dazu Brinz Pand. I. S. XI. u. 172., Demelius Rechtsfiktion S. 85. u. in Gerber's Jahrb. f. Dogmatik IV. S. 113 ff., Arndts Pand. §. 41. Anm. 4. u. i. d. krit. Vierteljahrsschr. I. S. 93 ff., Kuntze Heidelb. krit. Zeitschr. V. S. 359 ff., Windscheid Pand. I. §. 49. Anm. 2 3., v. Vangerow Pand. I. §. 53. (der 7. Aufl.) u. II. §. 394., Vering Röm. Erbr. S. 65 ff., Schirmer Röm. Erbr. I. S. 13 ff., Köppen System des heut. röm. Erbr. I. S. 200 ff.]

Art. 15. und den Schwabenspiegel Kap. 263. eingeführte Recht des Dreißigsten, s. Wiesand jurist. Handb. s. v. Dreißigste, Du Fresne Glossarium s. v. tricesim., Schröter Abhandl. I. S. 379., Beseler die ehelichen Erbrechte §. 22. mit der Bestimmung der l. 22. §. 7. C. de jure delib. Wenn sich gleich das Recht des Dreißigsten blos in einigen Particularrechten Deutschlands erhalten hat, s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. §. 145., so findet man doch eine Nachwirkung davon in der fast durch ganz Deutschland herrschenden Gewohnheit, daß das, was zum Lebensunterhalt gehört, nebst dem gewöhnlichen Haus= und Küchengeräth von der Versiegelung frei gelassen, das Gesinde binnen dieser Zeit nicht abgeschafft, dringende Fälle ausgenommen, vor 4 Wochen nicht inventirt wird, und was der überlebende Ehegatte am Tag der Inventur an sich trägt, der Schätzung und Theilung nicht unterworfen ist; s. Estor teutsche Rechtsgelahrtheit Th. II. §. 3251—3258., Heydemann die Elemente der Joachimischen Constit. v. 1527. S. 215., Berlin 1841.

Zu 3) Ausgenommen sind jura personalissima, z. B. Rechte aus Familienverhältnissen, persönlichen Privilegien, so auch das Recht des Gerichtsstands des Erblassers, wenn nicht die Sache schon bei seinen Lebzeiten da anhängig geworden ist, l. 34. D. 5. 1. — Mühlenbruch Lehrb. d. P. Bd. III. §. 610.; ferner persönliche Servituten, insofern sie nicht ausdrücklich auf die Erben erstreckt sind; l. 14. C. de usufr. 3. 33., ganz persönliche Verträge, wie Societät, Bevollmächtigung [vergl. jedoch deut. Hand.=G.=B. Art. 54.]; so auch das Recht, eine dem Erblasser angefallene Erbschaft anzutreten, denn dieses Recht steht nur demjenigen zu, welchem die Erbschaft deferirt ist, l. 151. D. 50. 16., nicht aber dem Erben, soweit nicht ein Transmissionsrecht eintritt, s. unten Kap. V. §. 179.

Von den activ=transitorischen und nicht transitorischen Klagen ist bereits im Bd. I. § 18. Fr. 1. gehandelt worden.

Zu 4) Mehrere Rechtslehrer betrachten das

zu a) angeführte Gesetz als h. z. T. noch geltend; s. Feuerbach peinl. Recht §. 169., Grolmann Grds. d. Criminalr. §. 332., Roßhirt Erbrecht §. 59. no. 3., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 404. und theilen sich noch in zweierlei Meinungen darüber, ob auch die Kinder im Gesetz begriffen seyen, welche zur Zeit des von ihrem Vater begangenen Hochverraths noch gar nicht geboren waren. Man möchte sich aber wohl geneigter finden, denjenigen beizustimmen, welche ein so unmenschliches, gewiß keinem christlichen Regenten ent=

prechendes Gesetz als antiquirt betrachten, denn daß Kaiser Karl IV. noch in der goldenen Bulle eine Anwendung davon auf Verschwörungen gegen das Leben der Kurfürsten gemacht hat, ist jetzt ohne Bedeutung, und in die Const. crim. Carolina ist es nicht übergegangen; der Art. 124. enthält davon nichts, und der Art. 218. bestätigt nur noch die Confiscationsstrafe. Wenn aber gegen diese Ansicht, welcher Mühlenbruch in der Forts. von Glück's P.=C. Thl. XXXIX. S. 246., Puchta Pand. §. 448. lit. c., Matthaei de criminibus Lib. 48. tit. 2. no. 10. beipflichten (vergl. übrigens Kleinschrod im Archiv d. Criminalrechts Bd. II. St. 2. S. 45.), die Anwendbarkeit der l. 5. C. ad leg. Jul. majest. (9. 8.) noch geltend gemacht würde, so dürfte man wenigstens diese Erbunfähigkeit nicht zum Vortheil des Fiscus, sondern der Intestaterben auszulegen geneigt seyn; s. Mühlenbruch a. a. O., v. Vangerow a. a. O.

Zu b) Die Ausschließung derselben von jeder testamentarischen Succession und die Beschränkung ihres Intestaterbrechts auf den dritten Verwandtschaftsgrad l. 2. C. 5. 9. — Nov. 22. c. 23. wird zwar von mehreren Rechtsgelehrten behauptet; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 404. no. 5., Leyser Vol. V. Sp. 300. Med. 19., aber die Meisten betrachten dies zufolge der Bestimmungen des canonischen Rechts c. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.) als hinwegfallend; s. Glück Thl. XXIV. S. 197. und die dort angeführten vielen Schriftsteller, Boehmer J. E. Pr. T. IV. Lib. IV. tit. 21. §. 17., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 721., Puchta Pand. §. 429., Thibaut System §. 281. (Ed. 8.), Geiger in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 228. und nur noch die zum Besten der erstehelichen Kinder verordneten poenae secundar. nuptiar. aes fortbestehend.

Zu c) Die bejahende Meinung, s. v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 443. (43.) hat nach Mühlenbruch's Ausführung in Glück's P.=C. Thl. XXXIX. S. 257. u. v. Vangerow a. a. O. §. 429. not. 2. S. 89. in den dafür angeführten Gesetzen keinen sicheren Grund. Pasquillanten können zwar kein Testament errichten und nicht Testamentszeugen seyn, wohl aber können sie zu Erben eingesetzt werden; s. Arndts im Rechtslex. Bd. III. S. 916.

Zu d) Legate können sie zwar ohne Unterschied erwerben; l. 20. D. 34. 5. — l. 93. §. 4. D. de leg. III. (32.), daß aber jedes erlaubte Colleg auch zum Erben eingesetzt werden könne, wie Mehrere annehmen; s. Strauch D. de personis incertis Cap. VI. §. 4., Rau D. de personis incertis ex testamento heredibus §. 8. und wofür sich die Praxis vermöge der Justinianeischen Constitution de incertis per-

sonis, cf. §. 27. J. 2. 20. entschieden haben soll; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXIX. S. 434., Dirksen über den Zustand der juristischen Personen nach R. R. in seinen Abhandlungen (1820.) Bd. II. S. 140., Braun Erörterungen zu Thibaut §. 793. ist wohl mit Grund bestritten, vergl. l. 6. §. 4. D. 36. 1. — l. 3. §. 4. D. 37. 1. und mit Sicherheit nur von solchen universitates zu behaupten, welche als juristische Personen vom Staat privilegirt sind; l. 8. C. 6. 24., Mühlenbruch a. a. O. S. 432., v. Vangerow a. a. O. §. 429. not. 3. lit. e., was in Ansehung der Kirchen, piae causae und Städte schon durch allgemeine Gesetze festgestellt ist.

Hieran knüpft sich die weitere Frage: ob eine vom Testator gestiftete gemeinnützige Anstalt, die eben dadurch erst ihr Daseyn als juristische Person erlangen soll, giltig zum Erben eingesetzt werden könne? Auch hierüber wurde im bekannten Städel'schen Beerbungsfall in Frankfurt viel gestritten; s. Mühlenbruch Rechtl. Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles (Halle 1828.), Vorrede, u. S. 47. u. 52 ff. Die Kieler und Göttinger Facultäten verneinten es, dagegen läßt sich aber erwidern, daß nach l. 62. pr. D. 28. 5. die Einsetzung eines Unfähigen auf den Fall, daß er fähig werde, gestattet ist, und die Erwirkung der Confirmation von selbst als vom Testator hinzugedacht angenommen werden müsse; s. Wenck Beitrag zur Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles S. 35., v. Vangerow a. a. O., Braun Erörter. zu Thibaut §. 793., Arndts im Rechtslex. Bd. III. S. 916. [Mir scheint es problematisch, ob diese berühmte Controvers überhaupt auf dem Boden des Röm. Rechts zum Austrag gebracht werden könne, m. a. W. ob es sich hierbei wirklich um erbrechtliche Sätze handle. Man hat die Frage gewöhnlich so formulirt: ob eine zukünftige Stiftung (gestiftete Anstalt) zur Erbin eingesetzt werden könne; richtiger scheint mir die Formulirung: ob eine Stiftung durch ein negotium mortis causa errichtet werden könne, denn die Aussetzung eines Stiftungsvermögens ist nicht als eine willkürliche Dotirung einer an sich schon rechtsbeständigen Persönlichkeit, sondern vielmehr als wesentliches Element der Schöpfung dieser Persönlichkeit selbst anzusehen. Vergl. Brinz Pand. II. §. 179. S. 754., welcher sich ähnlich ausspricht. Der Begriff der Stiftung ist im Röm. Recht nicht völlig entwickelt worden, er entspricht der germanischen u. bez. modernen Rechtsanschauung weit mehr, da er nicht unter den Vertragsbegriff fällt, sondern dem System einseitiger Rechtsgeschäfte (Creationsakte) angehört. Eine Stiftung hat eine doppelte Voraussetzung: 1) die solenne Errichtung

eines Stiftswillens (lex perpetua, Grundgesetz oder Statut), durch welchen Zweck, Umfang und Organ der Stiftung festgestellt werden, und 2) die Gewährung eines Vermögens als ökonomischen Substrats; diese Gewährung ist nicht ein bloßes Hinzukommniß zu der in's Leben gerufenen Stiftung, sondern ein Creationselement der in's Leben zu rufenden. Demnach konnte es sich in dem Städel'schen Stiftungsfalle nur um die Frage handeln, ob eine Stiftung lediglich inter vivos, oder auch letztwillig etablirt werden könne. Ich sehe keinen Grund ein, warum nicht das letztere bejaht werden sollte, da der ultima voluntas auch sonst gern eine besondere Tragweite zugestanden wird, und die Statthaftigkeit von Stiftungen durch einen Rechtsakt unter Lebenden außer Zweifel ist. Es ist deutsche Rechtsregel, daß Privatleute Stiftungen errichten können, wenn sie einen der publica utilitas nicht widerstrebenden Zweck bestimmen und das erforderliche Vermögen dazu aussetzen; die Staatsgewalt interponirt ihre auctoritas zu dem Stiftungsakte und gibt diesem die objective Wirksamkeit (s. oben Bd. I. §. 33. zu Fr. 2.). Warum nun soll ein solcher, durch die Staatsgewalt zu ergänzender, Stiftungswille nicht auch testamentarisch erklärt werden können? Hiernach würde, wenn überhaupt nach einem Satze des Röm. Rechts gesucht werden soll, näher liegen, die Analogie der manumissio testamento tacita, d. h. die eine stillschweigende Freiheitserklärung enthaltende Erbeinsetzung eines Sklaven (von Justinian in l. 5. pr. C. 6. 27. anerkannt), herbeizuziehen seyn, denn die manumissio enthält gewissermaßen die Stiftung einer neuen Vermögenssphäre und Persönlichkeit, und die Erbeinsetzung ist die Form, in welcher die Freilassung, diese Stiftung eines civis libertinus, implicite enthalten ist. Was die begriffliche Voraussetzung ist, bleibt hier latent in der Bestimmung dessen, was rechtlich von jener Voraussetzung abhängig, aber ökonomisch die Hauptsache ist. Dafür, daß wenigstens eine pia causa im eng. Sinne durch Erbeseinsetzung gestiftet werden könne, hat das Obertrib. zu Berlin entschieden; s. Seuffert's Archiv XI. No. 9. Vergl. auch ebendas. XIV. No. 103.]

Zu e) Um hier zuerst

1) von der Intestaterbfolge zu sprechen, so fehlt es zwar nicht an Autoritäten, welche dafür sprechen, daß auch die nach dem Tod des Erblassers erst concipirten zur Intestaterbfolge berufen seyen, wenn sie nur zur Zeit der Erbschaftsdelation, welcher Zeitpunkt durch mancherlei Ursachen sich weiter hinausschieben kann, lebend sind; s. Glück Intestaterbfolge S. 584., Voet Comm. ad Pand. L. 38. tit. 17. §. 6., Cocceji D. de succ.

nepotum Sect. IV. §. 11., Matthaei de success. D. XIV. §. 3., Roßhirt Erbrecht S. 300., Griesinger Geschichte der Suität S. 293., Löbenstern in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 216. not. 1. Die entgegenstehenden Gesetzesstellen l. 30. §. 1. D. 29. 2. — l. 6. u. 7. D. 38. 16., besonders §. 8. J. 3. 1. beseitigen diese Rechtslehrer durch die Berufung auf l. 34. C. 3. 28. und Nov. 118. c. 1., durch welche das frühere Intestaterbfolgesystem wesentlich abgeändert worden sey*), und vermöge welcher, weil sie alle Descendenten zur gesetzlichen Erbschaft beruft, das ältere Recht, welches übrigens dem post mortem conceptus nur die Suität verweigere, aufgehoben sey, daher das frühere Erforderniß, daß der Erbe bereits im Leben seyn müsse, jetzt hinwegfalle. Allein dem steht entgegen, daß nach l. 30. §. 1. D. 29. 2. der post mortem conceptus nicht einmal als Cognat galt, und die Argumentation aus der Nov. 118. fällt durch die einfache Betrachtung zusammen, daß ja die Nov. blos die Erbfolge-Ordnung der Verwandten oder das Verhältniß der Personen neu bestimmt, welche als Agnaten und Cognaten gelten, daß sie aber keine Personen für Verwandte erklärt, welche früher nicht einmal als Cognaten galten; s. Braun Erörter. zu Thibaut §. 681. Diese vorzüglich in Büchel's civilrechtl. Erörterungen Bd. II. Abth. 2. S. 2. entwickelte Lehre ist auch fast in allen Lehrbüchern angenommen. Neuerlich befestigt auch Heumann in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 291. rc. den Grundsatz: „nothwendige Bedingung der Erbfähigkeit eines posthumus ist, daß er bei Lebzeiten des Erblassers bereits concipirt sey," so auch Thibaut civilist. Abhandl. S. 115., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 443. (43.)

2) Noch schwieriger ist die Frage, ob der nondum conceptus aus einem Testament erben könne? Käme es bei dem unterstellten Fall blos auf Interpretation des letzten Willens an, so würde man wohl nicht anstehen, auch die später geborene Tochter in der Erbeinsetzung mitbegriffen zu erachten. Allein es handelt sich um eine Rechtsfrage, und wenn die beim Tod des Erblassers noch gar nicht geborene Tochter nicht den Rechten nach

---

*) Omnia in Nov. 118. ad simplicitatem juris naturae redacta, ubi nihil interest, an quis biduo ante vel post mortem avi conceptus sit, sed sufficit quod sanguinem ab avo trahat; Stryck de succ. ab int. D. I. cap. 2. no. 21.

als erbfähig gilt, wie die Meisten behaupten; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 827. not. 6., Puchta Pand. §. 448., Büchel civ. Erört. Bd. II. Abth. 2. S. 2., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 429. not. 3., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXIX. §. 1438 b., so hilft es nichts, eine gesetzlich unausführbare Absicht des Testirers durch Auslegung zu unterstellen. Es scheint daher auch nicht wohl anzugehen, wie Wenck im Beitrag zur Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles §. 4. statuirt, das richterliche arbitrium hier entscheiden zu lassen, obwohl dafür allerdings l. 16. D. 35. 1. zu sprechen scheint: in his, quae extra testamentum incurrunt, possunt res ex aequo et bono interpretationem capere. Indessen wird die freiere Ansicht, nach welcher der aufgestellte Fall zu Gunsten der später geborenen Tochter von der Helmstädter und Altdorfer Juristenfacultät entschieden wurde (s. Goez rechtl. Entscheidungen der juridischen Facultät in Altdorf S. 201.), auch aus den Gesetzen vertheidigt; s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 5. §. 12. u. 13., Elvers theoret. prakt. Erörter. aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen S. 104., Linde in s. Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. V. S. 269. Auch Thibaut System §. 945. kann für diese Ansicht vielleicht angeführt werden, indem er auf den Grund des §. 27. J. 2. 20. lehrt: „Justinian's Vorschriften zufolge besteht jetzt die Einsetzung eines posthumi selbst nach der Strenge des Rechts unbedingt, nur muß es bei der Einsetzung eines posthumi möglich seyn, daß der Erblasser einen solchen bekommen könne*)." Thibaut stellt auch den Begriff von posthumus, bezüglich Pauli Sent. rec. L. 3. T. 46. §. 9., im weiteren Sinn voran, indem er alle Kinder darunter begreift, welche nach dem Tode einer Person zur Welt kommen. Die Gründe für diese Ansicht sind am vollständigsten zusammengestellt bei Goez a. a. O.**), nämlich:

---

*) Wobei sich übrigens von selbst versteht, daß nicht eine andere Regel der honestas verletzt werden dürfe, also weder ein unehelicher posthumus, noch der posthumus einer Mutter, welche der Testirer nicht heirathen durfte, giltig eingesetzt werden konnte; l. 9. §. 1., vergl. mit l. 9. §. 3. u. 4. l. 28. §. 3. D. 28. 2. — §. 28. J. 2. 20.

**) Da diese Schrift so selten ist, daß zwei Hauptschriftsteller über diese Rechtsfrage, Büchel a. a. O. und Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXIX.

a) Justinian habe die frühere Unzulässigkeit der Erbeinsetzung einer persona incerta, welche sonst der Einsetzung eines postumus alienus entgegenstand, aufgehoben §. 4. J. 2. 19. und die postumos alienos ganz unbedingt für erbfähig erklärt, dieses aber

b) selbst als ein Ergebniß seiner const. de incertis personis bezeichnet, s. §. 25—28. J. 2. 20., worin er das alte Princip nur noch bezüglich der Tutel, aus Gründen, welche diesem Verhältniß ganz eigenthümlich sind, ausnahmsweise beibehalten hat.

c) Auch sey im Gesetz nirgend ein Unterschied zwischen postumis jam conceptis und nondum conceptis gemacht; l. 4. l. 9. §. ult. l. 27. D. 28. 2. — l. 127. D. de legat. I. (30.), weshalb denn auch der Richter keinen Unterschied zu machen habe.

d) Man könne nicht annehmen, daß Justinian blos das alte prätorische Recht, nach welchem den postumis alienis schon die bonorum possessio zugestanden war, in das Civilrecht habe aufnehmen wollen, denn er erklärte ja dabei, dasselbe noch verbessert zu haben; nec hujusmodi species penitus est sine emendatione relicta.

e) Wenn auch bei unmittelbaren postumis suis vorauszusetzen sey, daß sie beim Ableben des Testators wenigstens im Mutterleibe existirt haben, so beruhe dies doch auf einem lediglich diesem Verhältniß eigenen Grund, welcher auf mittelbare suos und postumos alienos durchaus unanwendbar sey*). Uebrigens aber sey das Verhältniß zwischen conceptis und nondum conceptis ganz gleich; denn wenn man für absolut erforderlich annehmen

---

S. 415. not. 9. erklären, daß sie dieselbe nicht hätten zu Gesicht bekommen können, so scheint ein Auszug derselben hier nicht überflüssig, aber freilich durften dann auch die Gegengründe nicht mit Stillschweigen übergangen werden.

*) Ebenso erklärt sich Elvers a. a. O. S. 104. Er betrachtet das Princip der Unfähigkeit einer incerta persona, welches dem postumus entgegenstand, als aufgehoben, vermöge §. 27. J. 2. 20., weshalb es nur dann entgegengestellt werden könnte, wenn hinsichtlich dieser Art der incertae personae durch ein besonderes Gesetz die alte Bestimmung ausdrücklich beibehalten worden wäre. Allein die dafür anzuführenden Gesetze l. 6 u. 7. D. 38. 16. u. l. 1. §. 8. D. 38. 8. gingen nur auf den postumus suus, für den begreiflich ganz andere Regeln und in einem ganz andern Gebiete gälten, und l. 3. D. 37. 11. sey nur ein Ueberrest der älteren milderen Grundsätze bei der bonor. possess. secundum tabulas.

wollte, daß der zum Erben eingesetzte schon zur Zeit der Testamentifaction, des Todes des Testirers, und der Erbschaftsantretung zur Erbfolge fähig gewesen seyn müsse, wie l. 49. §. 1. D. de hered. instituendis (28. 5.) zur Regel macht, so fehle dies Erforderniß ja auch den postumis jam conceptis, weil es noch ungewiß sey, ob sie noch lebend und lebensfähig geboren werden. In einem wie in dem andern Fall komme es nur darauf an, ob die Bedingung der Geburt eintrete, denn vor diesem Zeitpunkt könnten die Einen so wenig wie die Andern den Erblasser repräsentiren.

f) Auch in anderen Fällen giltiger Einsetzung einer schlechthin ungewissen Person werde in den Gesetzen nichts weiter erfordert, als daß der Umstand, von welchem ihre Erbfähigkeit abhängt, zur Zeit des Erbschaftsantritts vorhanden sey, z. B. bei Einsetzung desjenigen, qui primus ad funus meum venerit, oder qui calend. Januar. post mortem meam Consul designatus erit, oder quicunque filio meo filiam suam in matrimonium dederit; wenn also personae incertae solcher Art, welche nicht eher als nach des Testators Tod personae certae werden können, zu Erben eingesetzt werden können, warum nicht auch der postumus alienus, wenn er wirklich in das Leben tritt? So könne ja auch ein Rasender zum Erben eingesetzt werden, und es wird, da er in diesem Zustande unfähig ist, die Erbschaft anzutreten, auch wenn er nach mehreren Jahren erst den Gebrauch des Verstandes erlangt, seine Erbschaftsantretung durch Rechtsfiction auf jenen Moment zurückgezogen, in welchem ihm die Erbschaftsantretung schlechterdings unmöglich war; l. ult. §. 7—9. C. 5. 70.

g) Indem schon nach dem Pandectenrecht Unfähige sub conditione recuperandae capacitatis, und nach neuerem Recht die captivi schlechthin zu Erben eingesetzt werden können, jede Erbeinsetzung einer ungewissen Person aber ihrer Natur nach eine bedingte ist, so folge nothwendig, daß nur der Eintritt dieser Bedingung, also nur die Erbfähigkeit zur Zeit des Erbschaftsantritts gefordert werden könne, und indem conditio impleta ad initium actus retrotrahirt werde, müsse es in Ansehung eines Nachgeborenen so angesehen werden, als ob der Erbe schon im Augenblick des Todes des Erblassers die Erbschaft angetreten hätte; l. 105. D. 35. 1.

Die Gründe für die entgegengesetzte Ansicht, welche auch Puchta in s. Vorlesungen Thl. II. S. 296. vertheidigt, und welche am aus=

führlichsten von Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXIX. S. 406. entwickelt sind, lassen sich auf Folgendes concentriren: Der Umstand, daß jetzt auch personae incertae zu Erben eingesetzt werden können, sey ohne Einfluß auf die Entscheidung einer ganz anderen Frage, bei welcher es einen ganz anderen Rechtssatz gelte, nämlich ob man zur Zeit des Todes des Erblassers lebend seyn müsse, um erben zu können. Dies aber erfordere die Natur des Erbrechts absolut; um zu erben muß nämlich die Fähigkeit zu succediren schon vom Moment des Todes des Erblassers an vorhanden gewesen seyn; l. 138. pr. l. 193. D. 50. 17. Beim gesetzlichen Erbrecht und dem Recht der Verwandtschaft sey dies überall ausgesprochen; s. l. 6. l. 8. D. 38. 16. — §. 8. J. 3. 1. — l. 6. pr. in f. D. 28. 3. — l. ult. D. 37. 9., dasselbe müsse aber auch vom Erbrecht überhaupt gelten. Es werde nämlich hier überall unter postumus nur ein solcher verstanden, qui moriente testatore in utero fuit. l. 3. D. 37. 11. — l. 29. pr. D. 28. 2. — Auch die Definition in §. 26. J. 2. 20. scheine das Daseyn als allgemeine Grundbedingung der Erbfähigkeit vorauszusetzen. Der Grundsatz der l. 62. pr. D. 28. 5., daß man einen Unfähigen auf den Fall, daß er fähig werden würde, wirksam zum Erben einsetzen könne, involvire nichts weiter, als daß bei allen bedingten Erbeinsetzungen das Erforderniß der schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gewesenen Erbfähigkeit hinwegfalle. Wollte man aber daraus auch die Zulässigkeit der Erbeinsetzung einer zur Zeit der Erbschaftsdelation noch gar nicht existirenden Person unter der dann freilich stillschweigend sich von selbst verstehenden Bedingung ihrer künftigen Existenz folgern, so würde das ganze Princip umgestoßen, daß Erbfähigkeit absolut das Lebendseyn voraussetze. Dies dürfe aber um so weniger geschehen, als dieses Princip auf innerer Nothwendigkeit beruhe; denn irgend eine bestimmte Grenze müsse doch angenommen werden, wenn es nicht eine lange Reihe von Jahren ungewiß bleiben soll, ob Jemand einen Erben überhaupt haben und wer dieses seyn werde. Diese nothwendige Grenze sey nun eben im Römischen Recht bestimmt durch die Todeszeit des Erblassers. Ueberdies passe der eigentliche Begriff von Bedingung nicht auf eine Erbeinsetzung für den Fall künftiger Existenz eines noch nicht existirenden Menschen. Nach Erwägung der vorbemerkten Gründe und Gegengründe wird ein Testamentsverfasser sich veranlaßt finden, den sicheren Weg zu gehen. Will nämlich in dem unterstellten Fall der Bruder seines Bruders sämmtliche Kinder, gleichviel zu was für einer Zeit sie geboren werden, zu Erben haben, so mag er die bei seinem Tod

noch nicht concipirten zu Fideicommißerben einsetzen, was keinem Anstand unterliegt, weil nur zur unmittelbaren Succession erfordert wird, daß man schon geboren oder wenigstens concipirt sey; s. Mühlenbruch a. a. O. Thl. XXXIX. S. 418*).

Zu 5) Die herrschende Lehre ist folgende: um ab intestato erben zu können, es sey nun, daß gar kein Testament vorhanden, oder das vorhandene nichtig ist, s. Glück Intestaterbfolge §. 25., muß die Successionsfähigkeit im Moment des Todes des Erblassers, und — heredes suis ausgenommen — auch noch von da an ununterbrochen bis zum wirklichen Erwerb der Erbschaft vorhanden seyn, §. 4. J. 2. 19. — l. 1. §. 4. D. 38. 17. — l. 49. §. 1. D. 28. 5. Um aus einem Testament zu erben, muß man zur Zeit der Delation und zur Zeit, wo das Testament errichtet worden ist, erbfähig gewesen seyn**); l. 49. §. 1. D. 28. 5. Wenn indessen die Erbeinsetzung eine bedingte ist, und die Existenz der Bedingung erst zu erwarten steht, so ent-

---

*) Gänzlich weicht von der herrschenden Ansicht der neueste Schriftsteller über diese Materie, Heumann in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 289. ab. Er bestreitet insbesondere gegen Mühlenbruch a. a. O. Thl. XXXIX. S. 379. rc. und die dort angeführten Gesetzstellen, daß auch ein postumus, welcher nicht Descendent des Erblassers ist, giltig zum Erben eingesetzt werden könne. Er sucht dies aus dem rechtsgeschichtlichen Entwickelungsgang der Erbfähigkeit der postumi zu deduciren, und versteht den Ausspruch des Paulus in l. 3. D. 37. 11. verum est, *omnem postumum* b. p. petere posse in dem Sinn, daß omnis postumus sowohl den suus als alienus in sich begreife, immer aber einen Descendenten voraussetze, denn der nackte Ausdruck postumus könne in gar vielen Gesetzstellen nur von einem nachgeborenen Descendenten verstanden werden; s. l. 4. 5. 9. 27. D. 28. 2. — l. 6. pr. D. 5. 2., wo er aber diese Bedeutung nicht hat, sey eine nähere Bezeichnung gebraucht, z. B. fratris postumus l. 127. D. de leg. I. (30.) oder eine andere Art des Ausdrucks, nämlich is, qui post testamentum factum natus est.

**) Im R.R. ist übrigens hier ein Unterschied nicht zu übersehen, zwischen Personen, welche gar nicht instituirt werden konnten, cum quibus non est testamentifactio, und solchen, bei welchen es zur Zeit der testamentifactio noch ungewiß war, ob ihnen die Erbeinsetzung den Erwerb der Erbschaft auch möglich machen werde. In Hinsicht der Ersteren, nämlich beim Mangel der testabilitas passiva blieb die Unfähigkeit unheilbar, wenn gleich später bei ihnen ein Fähigkeitszustand eintrat, l. 24. §. 3. D. 23. 2., bei letzteren konnte aber nur der Zeitpunkt der Erwerbung in Betracht kommen. Ueber diesen Unterschied derer, qui institui non possunt, und qui capere non possunt, z. B. mulieres probrosae, indigni etc., s. Mühlenbruch a. a. O. Thl. XXXVIII. S. 360., Thl. XXXIX. S. 117. u. 158., Hunger röm. Erbrecht §. 71., v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 411., Arndts das. Bd. V. S. 212., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 429. no. 1.

scheidet nicht der Zeitpunkt des Todes des Erblassers, sondern der Existenz der Bedingung. §. 4. J. 2. 19. — l. 59. §. 4. D. 28. 5. cf. l. 62. pr. D. 28. 5. — Auf die Zwischenzeit kommt es aber da nicht an, die zum Erben eingesetzte Person mag immerhin nach Errichtung des Testaments die Successionsfähigkeit verloren haben, wenn sie sie nur dann zur Zeit des Erbanfalls wieder erlangt hat. Media tempora non nocent; l. 6. §. 2. l. 49. §. 1. l. 59. §. 4. D. 28. 5. — §. 4. J. 2. 19.

Wenn eine zur Zeit der Testamentserrichtung unfähige Person unter der Bedingung künftiger Fähigkeit eingesetzt ist, so wird das jus strictum gemäßigt dadurch, daß es genügen solle, wenn diese im Moment der Delation und bis zur Acquisition stattgefunden habe; l. 62. pr. D. 28. 5., v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 428. (§. 8.) Ob dies auch als stillschweigende Bedingung gelten könne, war, wie oben bemerkt, im Städelschen Beerbungsfall bestritten.

Bei Vermächtnissen ist es, wenn sie unbedingt errichtet sind, unbestritten, daß sowohl der Moment, ubi dies legati cedit, als der Zeitpunkt der Errichtung in Hinsicht auf die Successionsfähigkeit in Betracht kommt, auf die Zwischenzeit aber, welche nach Roßhirts Erbr. S. 63. auch in Betracht kommen soll, wird nach der gemeinen Meinung nicht gesehen. Diese ist auch in Ansehung der bedingten Legate, im Fall die Existenz der Bedingung erst zu erwarten ist, oder dieselbe nicht schon zur Zeit der Testamentserrichtung existent war, ungeachtet des von der regula Catoniana hergenommenen Zweifels für die billigere Ansicht, daß es hinreiche, wenn die Successionsfähigkeit zu der Zeit, wo die Bedingung existent wird, vorhanden ist; s. Thibaut System §. 947. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 428. (§. 8.), Braun Erörter. zu Thibaut §. 796. und 808., Lehr Erörterung der Frage, in welchem Zeitpunkt der Testamentserbe oder Legatar fähig seyn müsse, Darmstadt 1792.

Zu 6) Für die Bejahung der Frage ist anzuführen: Voet Comm. ad Pand. Lib. II. tit. 14. §. 26., Schweppe vom Concurs d. Gläubiger §. 19., aus gewichtigen Gründen aber verneint Spangenberg in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 226., weil die Gründe der singulären Verordnung Marc-Aurels, famae defuncti conservatio, l. 23. D. 42. 8. und Begünstigung der Erbschaftsantretung, l. 58. §. 1. D. 17. 1. hinwegfallen, nachdem der Erbe bereits cum beneficio angetreten hat. Also wurde auch von dem O.-A.-Ger. in Celle erkannt; s. Hagemann prakt. Erörter., fortgesetzt von Spangenberg Bd. X. S. 14., wo Schweppe und Voet vollständig

widerlegt werden, vergl. übrigens l. 7. §. 17. u. 19. l. 8. l. 10. D. 2. 14. — l. 58. §. 1. D. 17. 1., Heffter im civilist. Archiv Bd. X. S. 342.

Zu 7) Einen solchen Donatar betrachtet zwar Leyser Sp. 494. Med. 2. als successor universalis, allein die Neueren sind darüber einig, daß durch eine donatio omnium bonorum keineswegs eine Universalsuccession bewirkt werde*), und daß durch sie auch nicht die Intestaterbfolge aufgehoben werde; s. Madihn Miscellen Bd. I. S. 142., Kind Quaest. for. Ed. I. tit. 4. c. 34., Hasse im civilist. Archiv Bd. V. S. 28., Elvers' Themis Bd. I. S. 344., v. Savigny System Bd. III. §. 105., S. 16. not. h., Bd. IV. §. 159., Meyerfeld Lehre von Schenkungen Bd. II. §. 21., Schirmer Röm. Erbr. I. S. 25. Anm. 46. Der donatarius omnium bonorum ist aber deshalb doch nicht von den Schulden des Schenkers schlechthin frei, denn, ist darüber nichts ausgemacht, so gehen sie auf ihn zwar nicht durch eine in universitatem successio, wohl aber vermöge des Rechtsbegriffs vom Vermögen über, qui bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno, wäre aber ausdrücklich ausgemacht, daß die Schulden den Donatar nichts angehen sollen, so würden die zur Zeit der Schenkung schon vorhanden gewesenen Gläubiger durch die actio Pauliana zu dem Ihrigen gelangen können; l. 17. §. 1. D. 42. 8. Findet diese aber auch in folgenden Fällen statt:

a) wenn Eltern unter der Form von Heirathsgütern an die Kinder übergeben?

Da die dos nicht als lucrative Erwerbung anzusehen ist, so könnte die Paulianische Klage nur dann angestellt werden, wenn der Empfänger durch Mitwissen an der gegen die Gläubiger begangenen Gefährde Theil genommen hat, oder wenn causa dotis noch nicht wirklich vorhanden war, indem die Kinder damals noch kein abgesondertes Hauswesen errichtet oder sich noch nicht verehelicht hatten, endlich können die Kinder, wenn sie eine höhere Ansstattung erhalten haben, als die Eltern bei beschränkten oder verschuldeten Vermögensumständen zu geben verpflichtet waren, zur Herausgabe des als lucrativer Erwerb anzusehenden Mehrbetrags angehalten werden; s. Haenlein D. de actionis Paulianae natura, requisit. et usu fori §. 13. und 19. Erlang. 1785. — Sind mehrere Kinder bei dieser dolosen Veräußerung betheiligt, so ist auch jedes verbunden, das, was es dolose oder lucrative erhalten hat, herauszugeben, ohne die exc. divisionis ansprechen zu können.

*) Vergl. auch Kap. XII. donatio mortis causa.

b) wenn eine Frau ihr ganzes Vermögen dem Mann zum Brautschatz übergibt?

Die Bestellung eines Heirathsguts darf zwar nicht in fraudem creditorum geschehen, wenn aber der Mann nicht um die betrügerische Absicht seiner Frau wußte, so kann gegen ihn die act. Pauliana nicht angestellt werden; l. 6. §. 8. l. 10. §. 2. u. 4. l. 25. §. 1. D. 42. 8. Die Gläubiger können indessen aus dem schon angeführten Grund, non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno, Einweisung in die Güter der Frau verlangen, s. Bd. I. §. 58. Fr. 2.

Zu 8) Da dem heres suus das Recht zu abstiniren ohne Beschränkung auf einen gewissen Zeitraum zusteht, und er deshalb auch an keine sonstigen Solennien gebunden ist, so kann derselbe, so lange er sich nicht immiscirt oder etwas aus dem Nachlaß entwendet hat, l. 57. pr. l. 71. §. 3. u. 4. l. 87. l. 88. D. 29. 2., ohne Zweifel jeden auf die Supposition seiner erbschaftlichen Qualität gebauten Angriff durch einfache Berufung auf das ihm zustehende beneficium abstinendi abweisen, wonach dem Kläger der Beweis einer solchen Handlung, mit welcher dieses beneficium nicht bestehen kann, obliegt. Das O.-A.-Ger. in Cassel hat mit folgenden Handlungen den Charakter einer pro herede gestio nicht verbunden: wenn der Vater Kleider des Verstorbenen blos zur Vergütung bestrittener Leichenkosten angenommen, oder solche verkauft hat, um sie wegen ihrer schädlichen Beschaffenheit aus dem Haus zu schaffen, oder wo er als Geschäftsführer gehandelt hat. Als eine Wittwe, um das Andenken ihres verstorbenen Mannes zu ehren, eine Schuld desselben gezahlt hatte, wurde solches als Act der Pietät und nicht als pro herede gestio betrachtet; s. Strippelmann Samml. Thl. V. S. 359. Eine Protestation ist aber unwirksam, wenn eine solche Handlung vorliegt, welche nur von den Erben als solchen vorgenommen werden kann. Nach l. 13. D. 28. 7. ist die bloße Erfüllung einer Potestativbedingung noch keine pro herede gestio, sondern bahnt nur den Weg zur Antretung; l. 1. §. 1. D. 12. 4., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 545. (264.), Koch D. de liberis heredibus suis ad probationem abstent. non obligat. Giess. 1766., Boehmer Elect. jur. civ. T. I. §. 25., Höpfner Institt. Comm. §. 540., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 392. ꝛc., Pfeiffer neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. Bd. III. no. 73.*), Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 383., Erkennt.

*) Welcher dieses jedoch nur von den noch in der väterlichen Gewalt befindlichen Kindern gelten läßt.

d. O.-A.-Ger. in Darmstadt in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 316. Die Meinung, daß der heres suus zum Beweis seiner Abstinenz verbunden sey, s. Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. Obs. 8., ist daher gewiß ungegründet, s. Jurist. Zeitung für das Königreich Hannover Jahrg. I. H. 1. S. 165., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 202., und selbst die Behauptung, daß ein suus, wenn er im Besitz der Erbschaftssachen geblieben ist, darthun müsse, daß er den Besitz nicht als Erbe, sondern aus anderen Gründen fortgesetzt habe, Thibaut System §. 987. (Ed. 8.), Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1468., Mevii Decis. P. II. Dec. 143. ist nicht indistinct anzunehmen, nämlich nicht schon dann, wenn nur vorliegt, daß der suus Sachen, welche aus dem Vermögen des Vaters gekommen, in Besitz habe, ohne daß zugestanden oder dargethan ist, daß sie ihm nach dem Tode des Vaters aus dessen Nachlaß zugekommen seyen. Behauptet etwa der suus, welcher sich für das beneficium abstinendi erklärt, die fraglichen Sachen titulo singulari überkommen zu haben, so muß gegen ihn von dem Gläubiger, welcher diesen Sachenbesitz als Immixtion geltend macht, der Beweis geführt werden, daß er sie als Erbschaftssachen in Besitz und Verfügung darüber getroffen habe; s. Erk. d. O.-A.-Ger. in München in Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 80. d. Ergänz. Bl. (s. unten Kap. VI. Fr. 1.) Liegen aber Handlungen vor, welche als Einmischungshandlungen wirklich betrachtet werden dürfen, s. Mühlenbruch a. a. O. Thl. XLII. §. 1488., so kann der Abstinent in die Nothwendigkeit versetzt seyn, durch indirecten Gegenbeweis die Folgerichtigkeit der vorgeschützten Handlungen zu entkräften; Mühlenbruch a. a. O. §. 1490. S. 395. Nur in dem Fall, wenn der suus um eine Deliberationsfrist gebeten hat, muß er nach l. ult. C. 6. 30. beweisen, während dieser Frist abstinirt zu haben; s. v. Berg jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Th. II. S. 100.

Zu 9) Wenn ich eine mir erworbene Erbschaft verkaufe, so bleibe ich demungeachtet den Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger unterworfen, wenn ich auch mit dem Käufer übereingekommen bin, daß er die Erbschaftsschulden zu berichtigen habe, denn dieser Vertrag kann dem Dritten nicht präjudiciren l. 2. C. 4. 39., allein der in Frage gestellte Fall, welcher mit jenem eines Erbschaftsverkaufs insofern Aehnlichkeit hat, als gegen Entgelt verzichtet wurde, weicht doch von jenem wesentlich darin ab, daß hier nur hereditas delata, nicht adquisita ist. Erbe kann man nur durch ein factum adquisitionis werden. Im Mangel eines solchen fehlt die juristische Eigenschaft eines Erben, daher auch

die einem solchen obliegenden Verbindlichkeiten nicht in der Person des Verzichtenden zur Entstehung kommen können; Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. II. no. 8., Seuffert u. Glück's Blätter für Rechtsanwendung Bd. IV. S. 369.

Zu 10) Durch einen solchen Vertrag entsteht keine Erbschaft, quia viventis non est hereditas, und wenn es auch nach deutschen Rechten eine anticipirte Succession geben kann, so begründet doch die Annahme einer Abfindung für ein bevorstehendes Recht, wie oben zur Frage 7. von der donatio omnium bonorum bemerkt wurde, keine successio per universitatem. Selbst eine eigentliche anticipirte Succession, wenn nämlich bei Lebzeiten sich Jemand seines ganzen Vermögens zu Gunsten seiner Erben entäußert, kann nicht als Succession (Beerbung), sondern nur, wie nach gemeinem Recht eine Schenkung aller Güter, als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden angesehen werden. Der vorgelegte Fall kann aber nicht einmal mit einer anticipirten Succession verwechselt werden, da nicht das Vermögen abgetreten, sondern nur ein Theil desselben dazu aufgewendet wird, um bei künftigem Ableben diejenigen zu Erben zu bekommen, welche das Gesetz gar nicht oder doch nicht allein berufen hätte. Der Abgefundene könnte daher von den Gläubigern des Erblassers nur insofern mit Wirksamkeit belangt werden, als sie die act. Pauliana gegen ihn zu begründen vermöchten; s. Heise u. Cropp a. a. O.

Zu 11) Diese Frage ist wichtig wegen der bedeutenden Abweichungen des jüdischen vom gemeinen Erbfolgesystem. Unter sehr vielen aus dem Familienrecht des jüdischen Volks entspringenden Abweichungen, z. B. dem Universalerbrecht*) des Mannes am Vermögen seiner Frau, selbst mit Ausschluß der Kinder, dem Vorzug der Erstgeburt u. a. m., s. Ritualgesetze der Juden S. 149., tritt

*) Dasselbe hat jedoch im jüdischen Recht eine sehr eingeschränkte Bedeutung. Es wird nämlich unterschieden zwischen „Muchsek" oder was die Frau in effectivem Besitz hatte, und „Raja," d. i. was sie zu bekommen hat, und darunter werden nicht nur Anwartschaften sondern auch Außenstände verstanden. Muchsek, aber nicht Raja ist im s. g. Universalerbrecht des Mannes begriffen. Wenn aber Isidor Kaim im Rechtslex. Bd. V. S. 839. auch die Hypotheken vom Universalerbrecht des Mannes ausgenommen wissen will, so ist dies, weil an dinglichen auf körperlichen Sachen haftenden Rechten allerdings ein Besitz stattfindet, nicht zu billigen, sondern mit Moses Mendelssohn in den Ritualgesetzen der Juden Hptst. IV. Abschn. XI. §. 1. zu sagen: „der Mann ist Universalerbe seiner Frau, mit Ausnahme eines Gutes, auf welches sie blos Anwartschaft hat, so auch aller ausstehenden Schulden, welche nicht Hypothek oder Unterpfand haben."

besonders ein ganz anderer ordo succedendi hervor. Es findet nämlich folgende Ordnung in der Erbfolge statt: 1) die Söhne, 2) ihre Nachkommen, 3) die Töchter, 4) ihre Nachkommen, 5) der Vater, 6) die Brüder, 7) deren Nachkommen, 8) die Schwestern, 9) deren Nachkommen, 10) der Großvater, 11) die Vatersbrüder, 12) deren Nachkommen, 13) die Vaterschwestern, 14) deren Nachkommen u. s. w.

Die Praxis ist hinsichtlich dieser Frage noch unentschiedener als in Ehesachen der Juden, vergl. Bd. I. Abschn. II. Kap. III. §. 64. zu Fr. 25., zu bemerken war. Diejenigen, welche die Juden schlechthin dem gemeinen Recht unterwerfen, wo nicht dasselbe mit ihren Religionsgrundsätzen in Widerspruch steht, berufen sich gewöhnlich auf l. 8. C. de jud. (1. 9.), welche aber, wie Bessel im Rhein. Museum Bd. III. S. 443. bemerkt, nichts weiter beweist, als daß es damals Judaei communi Romano jure viventes gab, und daß die Juden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die allgemeinen Proceßvorschriften zu beobachten hatten. Ueberhaupt ist wohl sehr beachtenswerth, was schon Struben Rechtl. Bedenken Bd. III. S. 80. bemerkt hat, daß die Verhältnisse der Juden in Deutschland aus deutscher Observanz und nicht aus dem römischen Recht erklärt werden müssen. Nun sind die Ansichten des canon. Rechts der Giltigkeit jüdischer Rechtsgebräuche nicht entgegen; s. tit. Decretal. de Jud. (5. 6.) c. 8. X. de divort. (4. 19.) c. 4. X. de consanguin. et affin. (4. 14.) und nur unter stillschweigender Billigung christlicher Staatsgewalten haben sich ja diese Gebräuche im Familienrecht der Juden in Gemäßheit ihrer Rechtssammlungen erhalten können, von denen die letzte unter dem Namen Schulchan Aruch noch jetzt gebräuchlich ist, s. Einleitung zu Mendelssohn's Ritualgesetzen S. 16. Mittermaier konnte wohl nur durch solche Betrachtungen bestimmt werden, in den früheren Ausgaben seines deutsch. Privatr. §. 108. die jüdischen Gesetze als Norm des Erbfolgerechts unter den Juden anzuerkennen, wovon er gleichwohl in der neunten Auflage §. 118. zum geraden Gegentheil übergegangen ist. Wenn Pfeiffer Prakt. Ausführungen Bd. I. S. 140. zur Unterstützung des von ihm mit vielen Andern*) behaupteten Grundsatzes, daß auch bei jüdischen Familien nur gemeines Recht hinsichtlich der Erbfolge anzuwenden sey, sich auf eine in Madihn's Miscellen Bd. I. S. 200. angeführte Verordnung Kaiser Rudolph's II. v. J. 1582. beruft verb.: „dieweil dann die gemeine

*) Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. VII. S. 225., Hommel Rhaps. Obs. 556., Glück P.-C. Thl. I. §. 23., Hagemann prakt. Erört. Bd. V. S. 116.

Jüdischheit nach Inhalt unserer Vorfahren sich gemeiniglich in allen Fällen, darinnen keine Fürsehung geschehen, Unser und des heil. Römischen Reichs gemeinen Rechten gebrauchen mag und soll," so scheint dieses gerade das Gegentheil zu beweisen, nämlich, daß das gemeine Recht nur subsidiär in Anwendung komme. Die Worte „darinnen keine Fürsehung geschehen" können wohl nicht anders als in diesem Sinn verstanden werden, denn hätte der Kaiser den Fall damit bezeichnen wollen, wo den Juden nicht besondere Privilegien für die Geltung des Mosaischen Rechts ertheilt sind, so würde er sich gewiß anders ausgedrückt haben. Für dessen Geltung in Betreff der Erbfolge erklären sich: Beck de juribus Judaeorum Cap. IV. §. 4., Hofackar Princ. jur. civ. T. I. §. 343., Dabelow Handb. d. römisch deutsch. Privatr. Bd. II. §. 442., Estor deutsche Rechtsgelahrtheit Bd. II. §. 2935., Wiederhold Diss. de Judaeis §. 8., Leyser Sp. 421. cor. 1., Thiel Princ. jurisprudent. Judaicae §. 29. u. 30., Runde deutsch. Privatr. §. 644., Schröter vermischte jurist. Abhandl. Bd. I. S. 106. Dieser Meinung können, da im Erbfolgerecht nur jüdische Glaubensgenossen unter sich concurriren werden, auch die mehreren Rechtslehrer beigezählt werden, welche wenigstens in Streitigkeiten der Juden unter sich dem jüdischen Recht Geltung einräumen.

Da nicht in allen deutschen Ländern die Juden dem gemeinen Recht durchaus unterworfen sind, so scheint es nicht überflüssig, die Singularitäten der jüdischen Ritualgesetze im Familienrecht zu berühren. Was zuvörderst das eben erwähnte Universalerbrecht des Mannes, wenn die Frau im Lauf der Ehe mit oder ohne Kinder stirbt, betrifft, so steht nach den s. g. Schumschen Observanzen, d. i. nach der von den Gemeinden in Speier, Worms und Mainz zur Observanz erhobenen Einrichtung, das Rückfallsrecht an die Erben der Frau in den Fällen, da sie ohne Kinder, und je nachdem sie im ersten oder zweiten Jahr nach der Hochzeit ohne solche gestorben ist, entgegen. Der Mann braucht aber an ihre Erben doch nur zu restituiren, was beim Ableben der Frau von ihrem Vermögen noch vorhanden, nicht aber was ohne sein Verschulden selbst im Handel zu Grunde gegangen oder verschlechtert worden ist. Dieses Rückfallsrecht tritt sogar dann ein, wenn sie zwar ein Kind geboren hat, dieses aber nicht die erforderliche Lebensfähigkeit gehabt hat, oder nach der Wortfassung, wenn sie stirbt, ohne beständigen Saamen zu hinterlassen, was außer dem Fall, da es kein unzweifelhaft ausgetragenes Kind ist, auch dann angenommen wird, wenn dasselbe nicht

einmal 30 Tage gelebt hat; s. Feust in den Bl. f. Rechtsanw. von Seuffert und Glück Bd. XI. S. 353., Bd. XII. S. 257. — Auch die Bestimmung, wonach die Töchter nicht anders erben können, als wenn keine Söhne vorhanden sind, ist durch den Gebrauch abgeändert, nach welchem ersteren bei ihrer Verheirathung der halbmännliche Antheil verschrieben zu werden pflegt; s. Mendelssohns' Ritualgesetze der Juden I. Hptst. 3. Abschn. §. 6. Die Eltern sind aber auch unverhindert, einer oder der anderen von ihren Töchtern den ganzen Erbtheil eines nachgeborenen Sohnes an ihrem beweglichen Vermögen zu verschreiben; Sent. Rabbin. Cap. I. §. 2., Feust a. a. O. — Praktisch ist noch das Recht der Erstgeburt, wonach der erstgeborene Sohn doppelt so viel erbt, als die nachgeborenen, 5. B. Mose 21. 17. Man berechnet dies so, daß man zu der Anzahl der Söhne noch Einen hinzurechnet, und in dieser Anzahl den Erstgebornen für 2 Söhne ansieht; sind z. B. 3 Söhne vorhanden, so erbt der Erstgeborne die Hälfte, und von den übrigen Jeder 1/4 des Nachlasses; s. Isidor Kaim a. a. O.

Vorerinnerung.

Bevor wir zu den verschiedenen Arten der Erbfolge 1) aus dem Gesetz, 2) aus einem letzten Willen, 3) aus einem Vertrag übergehen, darf nicht unbeachtet bleiben, daß unter manchen Umständen die gesetzliche zugleich neben der testamentarischen Erbschaft zur Entstehung kommen kann, denn der Grundsatz des R. R. jus nostrum non patitur, eundem in paganis (Soldaten sind nämlich besonders privilegirt) et testato et intestato decessisse schließt nicht die Möglichkeit, daß Intestat- und Testamentserbfolge concurriren könne, überhaupt aus, sondern sagt nur so viel, daß nicht beide zugleich aus einem Willensact des Verstorbenen hervorgehen können; vergl. l. 15. §. 2. D. 5. 2. — Seuffert im civilist. Archiv Bd. III. S. 218., Klüpfel Abhandl. über einzelne Theile des bürgerl. Rechts S. 1., Rhein. Museum f. Jurispr. Bd. VI. S. 257., Thibaut civilist. Abhandl. S. 65., Haubold Opusc. Vol. I. no. 5. Die testamentarische Delation kann auch mit der vertragsmäßigen concurriren. Der im Erbvertrag Bedachte erhält dann das ihm Zugewiesene, das Testament mag älter oder jünger seyn, als der Erbvertrag, und der Testamentserbe erhält nur das Uebrigbleibende. Ist aber nicht das Ganze durch Vertrag und Testament vertheilt, oder sind vertheilte Portionen vacant geworden, so fallen nach gemeinem Recht diese Theile jure accrescendi den

Testamentserben zu (nach Preußisch. u. Oesterreich. Recht den Intestaterben). Den neueren Gesetzen, z. B. in Oesterreich, Preußen, Weimar, Altenburg, ist überhaupt der Grundsatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, fremd geblieben. Mit Recht erklärt ihn Dalwigk im Versuch e. Darstellung des Erbrechts Th. II. S. 14. für einen Mißgriff der Römischen Legislation, denn was kann auffallender seyn, als folgender Syllogismus: P. hat in seinem Testament den ihm nicht verwandten Q. nur in den 3ten Theil seines Vermögens zum Erben eingesetzt, über die anderen $^2/_3$ aber nicht testirt, mithin müssen diese $^2/_3$ ebenfalls dem Q. und nicht den Instetaterben des P. zufallen. cf. Kriegel D. de regula: nemo pro parte testatus etc. Lips. 1831. Gleichwohl wird diese Regel auch bei Erbverträgen häufig angewendet, s. Pufendorf Obs. jur. univ. T. IV. Obs. 48., Cramer Wezlarische Nebenstunden Bd. XI. no. 8., dagegen Beseler die Lehre v. d. Erbverträgen Th. II. S. 277. 2c.

Kapitel II.

Von der Intestaterbfolge.

Inst. III. 1. de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur. tit. 2. de legitima agnatorum successione. tit. 3. de Sct. Tertulliano. tit. 4. de Sct. Orphitiano. tit. 5. de successione cognatorum. tit. 6. de gradibus cognationis. — Dig. XXXVIII. tit. 6. si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi. tit. 7. unde legitimi. tit. 8. unde cognati. tit. 10. de gradibus et adfinibus et nominibus eorum. tit. 11. unde vir et uxor. tit. 15. quis ordo in possessionibus servetur. tit. 16. de suis et legitimis heredibus. tit. 17. ad Sct. Tertullianum et Orphitianum. — Cod. VI. 14. unde liberi. tit. 15. unde legitimi et unde cognati. tit. 18. unde vir et uxor. tit. 55. de suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus. tit. 56. ad Sct. Tertull. tit. 57. ad Sct. Orphit. tit. 58. de legitimis heredibus. tit. 59. communia de successionibus. — Nov. 118. Nov. 127.

§. 134.

1. Erste Classe der Descendenten.*)

1) Das Intestaterbrecht derselben in seinem vollen Umfange ist bedingt durch eheliche Geburt, mit welcher die Legitimation

*) Ueber die Ausschließung der Töchter von der ältesten Intestaterbfolge bei den Römern s. Hugo civilist. Magazin Bd. II. S. 97.

durch nachfolgende Ehe gleiche Wirkung hat; kann aber diese auch der Legitimation durch landesherrliches Rescript in allen Fällen beigelegt werden?

2) Unbestritten haben, nachdem der Unterschied in Ansehung einer mater illustris unpraktisch geworden ist, die unehelichen Kinder ein gleiches Erbrecht wie die ehelichen an dem Vermögen ihrer Mutter, l. 5. in f. C. 6. 57. — §. 3. J. 3. 4. — l. 2. l. 8. D. 38. 8. — Pauli rec. sent. L. IV. tit. 10. §. 1., so daß diese ihnen auch nicht den Pflichttheil entziehen kann; l. 29. §. 1. D. 5. 2. Ist dieses aber auch auf adulterini, incestuosi oder auch in Bigamie erzeugte Kinder zu erstrecken?

3) Im Vermögen des Vaters waren nach R. R. nur ausnahmsweise Concubinenkinder, und selbst diese nur in dem Falle, wenn weder eine Ehefrau noch legitime Descendenten (wären es auch nur legitimati oder adoptivi, s. Glück Intestaterbfolge §. 108., v. Wening-Ingenheim Lehrb. §, 433.) vorhanden waren, ein mit ihrer Mutter zu theilendes Sechstheil zu erben berechtigt; es fragt sich aber, ob diese Ausnahme von der Regel, daß uneheliche Kinder ihren Vater nicht aus dem Gesetz beerben können, nachdem das canonische Recht den Concubinat verboten hat, auf die jetzt nur noch vorkommenden spuri und vulgo quaesitii anwendbar sey?

4) Erstreckt sich das Erbrecht der natürlichen Kinder außer dem Vermögen der Mutter, Großmutter und Geschwister auch auf entferntere Verwandte mütterlicher Seite?

5) Gebührt auch Brautkindern ein Successionsrecht am väterlichen Vermögen?

6) Unter welchen Voraussetzungen hat eine Putativehe die Wirkungen einer wirklichen gesetzmäßigen Ehe rücksichtlich der Legitimität und also auch der Successionsfähigkeit der daraus erzeugten Kinder, und hat die Putativehe auch in Beziehung auf besondere mit der Ehe verbundene Rechte und Privilegien die gleiche Wirkung?

7) Welche Successionsrechte haben die Adoptirten und Arrogirten an dem Vermögen ihrer leiblichen Eltern und des Adoptirenden?

8) Es ist eine bekannte Regel: die erbfähigen Descendenten succediren nach Köpfen, wenn nur Descendenten ersten Gra-

des concurriren, nach Stämmen aber, nämlich so, daß die Stammportion unter den Concurrenten jedes besonderen Stammes nach Köpfen vertheilt wird, in allen anderen Fällen, insbesondere wenn Söhne und Töchter mit Enkeln, Urenkeln u. s. w. concurriren, oder blos Enkel vorhanden sind. Wenn aber nur von Einem verstorbenen Kinde Kindeskinder vorhanden sind, succediren diese auch nach Stämmen?

9) Können Enkel auf die großväterliche Erbschaft Anspruch machen, wenngleich ihre Eltern der Erbschaft entsagt haben?

Zu 1) Manche Rechtslehrer bejahen zwar diese Frage unbedingt, und also auch für den Fall, wenn bereits eheliche Kinder zur Zeit der durch Rescript ertheilten Legitimation der unehelichen vorhanden waren (denn sind eheliche erst später geboren worden, so hat es ohnedies keinen Anstand); sie machen daher keinen Unterschied in Ansehung der Wirkungen in dem einen oder dem andern Fall, s. Puchta Pand. §. 458., und selbst eine Rücksicht auf Erhaltung des Pflichttheils der ehelichen Kinder wäre nach v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 398. (93.) not. 5. und §. 433. (20.), Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 165. und Höpfner Institt. §. 688. rechtlich nicht nothwendig. Gegen letzteres ist aber, wie Höpfner a. a. O. Anm. 2. selbst gesteht, entschieden die gemeine Meinung; s. Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 597. not. 2. und T. II. §. 1418., Glück Intestaterbfolge §. 307., Madihn Princ. jur. Rom. de success. §. 61. not. c. Unsere im Allgemeinen abweichende Meinung, s. Bd. I. Abschn. II. Kap. III. §. 71. zu Fr. 3. bestätigt Glück Intestaterbfolge §. 102. Daß übrigens die legitimati per rescr. auch den väterlichen Verwandten succediren, cf. Nov. 89. c. 11., ohne Rücksicht, ob sie zur Legitimation eingewilligt haben oder nicht, ist wohl unbedenklich gegen Leyser Med. ad. Pand. Sp. 19. cor. 3. und Wernher Obs. for. T. II. P. VI. Obs. 318. als die herrschende Lehre anzuerkennen, s. Glück a. a. O. u. P.-C. Thl. II. §. 144., Kind Qu. for. T. III. c. 3. pag. 40., G. L. Böhmer's Rechtsfälle Bd. II. Abthl. 1. Resp. 128., Hofacker l. c. T. I. §. 597. not. d.

Zu 2) Vermöge der l. 6. C. 5. 5. — Nov. 12. c. 1. — Nov. 74. c. 6. und besonders Nov. 89. c. 15. nebst der aus dieser entlehnten Auth. licet. — l. 8. C. 5. 27., wurden von mehreren Rechtslehrern alle ex damnato vel punibili coitu erzeugten Kinder auch von

der Beerbung ihrer Mutter als ausgeschlossen erachtet, s. Vinnius ad Inst. Lib. III. tit. 4., Glück Intestaterbfolge §. 104., Struben rechtl. Bedenken Bd. I. no. 48., Thibaut System §. 857. no. IV. 1., Scholz III. jurist. Magazin Bd. I. H. 2. S. 41., was aber, wenn man consequent seyn wollte, — wie Koch de success. ab intest. §. 32. Schol. 2. bemerkt — auch von den spuriis gelten müßte, weil auch das stuprum strafbar war. Allein, sowie der Gerichtsbrauch in Ansehung der letzteren immer gegen deren Ausschließung von der mütterlichen Erbschaft war, so sprechen auch die meisten neueren Rechtslehrer für den Ausschluß der Incestuosen (einen incestus juris divini, welcher gegen indispensable Ehehindernisse anstößt, allemal vorausgesetzt, s. Glück a. a. O.) nur dann, wenn die Kinder aus aus einer incestuosen Ehe erzeugt sind, von welcher allein die angeführten Gesetze l. 6. C. 5. 5. — Nov. 12. u. Nov. 74. sprechen, und auch die Nov. 89. c. 15. verstanden werden muß; denn wenn es von den complexus und incestus hier per parenthesin heißt, non enim hoc nuptias vocamus, so ist augenscheinlich vorausgesetzt, daß eine solche unerlaubte Verbindung unter der Form der Ehe de facto bestanden habe, ob sie gleich deren Namen nicht verdiene. Auf irgend eine Art außerehelich erzeugter Kinder pflegt man daher, wenngleich Glück a. a. O. meint, dies sey gleichgiltig, ob der Incest in der Form der Ehe oder außerehelich begangen worden sey, doch dasjenige, was über verbotene Ehen verordnet ist, nicht auszudehnen; v. Bülow Abhandl. Thl. I. S. 226., Spangenberg prakt. Erörter. Bd. I. S. 67 zc. und im civilist. Archiv Bd. XII. S. 447., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 433. (21.), Heise D. de success. necessaria §. 29—32., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 158 zc. not. 46. u. 47. Die überwiegenden Gründe dieser Ansicht s. vorzügl. in Roßhirt's Einl. in das Erbrecht S. 213., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 827. S. 139., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 413. not. 2. Dasselbe muß denn auch gegen die Meinung Glück's in der Intestaterbfolge §. 106. von den adulterini (d. i. nach R. R. von solchen Kindern, welche Jemand mit eines Andern Ehefrau erzeugt hat, nam proprie adulterium in nupta committitur, l. 34. §. 1. D. 48. 5.) gesagt werden, und ganz irrig ist es, wenn Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. S. 270. u. Stryck de succ. ab intestato D. I. cap. II. §. 57. das, was nach R. R. blos von der mater illustris galt, allgemein zur Anwendung bringen wollen, indem sie behaupten: das aus dem Beischlaf einer verehelichten Mannsperson mit einer ledigen Frauensperson erzeugte Kind könne in Con-

currenz mit deren ehelich erzeugten Kindern seine Mutter so wenig als den Nachlaß eines ehelichen Kindes derselben erben, s. Höpfner Institt. Comm. §. 690., v. Vangerow a. a. O., Spangenberg im civilist. Archiv Bd. XII. S. 449., Thibaut System §. 857. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 433. (21.), und dasselbe muß auch ganz unzweifelhaft von den durch Nothzucht erzeugten Kindern gelten, welche Manche, z. B. Koch succ. ab intest. §. 36., sogar den Kindern aus putativer Ehe gleichstellen, während Andere mit mehr Grund sie nicht anders wie spurii behandeln; Ludolff Lehre v. d. Intestaterbfolge §. 105., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 378., Busch Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen S. 412.

Zu 3) Man sagt: wenngleich der Concubinat nicht mehr de jure bestehen könne, so könne er doch in facto vorkommen, und dann müsse man für die aus einem solchen faktischen Verhältniß entstandenen Kinder dasselbe Recht gelten lassen, welches dem römischen Concubinat eigen war; auch lasse sich aus dem Verbot des Concubinats nicht folgern, daß auch den unschuldigen Kindern das ihnen in den Gesetzen eingeräumte Recht entzogen werde, s. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 433., und ziemlich allgemein wird behauptet, daß der Gerichtsbrauch diese Meinung angenommen habe, Glück Intestaterbfolge §. 109. und Busch von den Rechten geschwächter Frauenspersonen §. 295., obgleich die allda angeführte Literatur fast eben so viele Gegner als Vertheidiger dieser Meinung erblicken läßt, gegen welche wohl mit Grund eingewendet wird, daß, wenn wir gleich die Möglichkeit zugestehen müssen, daß auch h. z. T. jener Zustand genau so in facto vorkommen könne, wie der Concubinat im R. R. umfänglich geregelt ist, s. l. 1. §. 1. u. 2. l. 3. pr. D. de concubinis (25. 7.) — Nov. 18. c. 5. — Nov. 89. c. 12. §. 4., er doch gegen ein gesetzliches Verbot nimmernehr zum Rechtsverhältniß erhoben, nicht als Entstehungsgrund von was immer für Rechten erkannt werden könne. Um so weniger können wir es billigen, daß die Praxis noch einen Schritt weiter ging, indem sie das Erbrecht der Concubinenkinder auf alle unehelichen Kinder ausdehnte, s. Glück a. a. O. §. 109., Meister prakt. Bemerk. Bd. I. no. 14., G. L. Böhmer's Rechtsfälle Bd. III. Resp. 240. no. 18., Lyncker Decis. no. 842., Struv. Synt. jur. civ. Ex. 38. th. 23., Richter de success. ab intest. Sect. I. Membr. III. no. 5., Philippi Us. pract. Inst. Lib. III. Eclog. XXV. no. 5., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 38. tit. 18. §. 18., Köchy Meditt. Bd. I. no. 6. S. 81., Günther Princ. jur. Rom.

§. 819., Huber Praelect. jur. civ. App. ad J. Lib. III. tit. 1—10., J. H. Boehmer Introd. in jus Dig. ad Sct. Tertull. §. 7., Leyser Med. Spec. 356. med. 12. u. A. Für diese Meinung führt Glück a. a. O. irrig auch Berger Oecon. jur. pag. 446. an, welcher blos von Concubinenkindern spricht, und hierauf fortfährt: Spurii patri non succedunt. Sie steht sogar im offenbaren Widerspruch mit dem R. R., indem die Nov. 89. c. 12. §. 4. nicht einmal den Concubinenkindern schlechthin das fragliche Erbrecht zugesteht; talibus enim solummodo hoc sancimus, ubi omnino indubitatus est et concubinae in domo affectus et filiorum ibidem proles. Die Erstreckung des Erbrechts der Concubinenkinder auf spurii fußt durchaus auf keinem andern Grunde, als einer in Deutschland*) zwar allerdings sehr weit (besonders im 17ten Jahrhundert) verbreiteten, auch von den Reichsgerichten noch im 18ten Jahrhundert anerkannten, aber wie man aus den von Mayer Intestaterbr. d. liberi naturales S. 113. u. 121 ꝛc. mit ungemeinem Fleiß gesammelten und den in Koch Succ. ab int. §. 33. angeführten Judicaten sieht, doch nicht gleichförmigen, im 18ten u. 19ten Jahrhundert von den angesehensten Rechtsgelehrten bestrittenen Praxis, welcher es an Rationabilität so sehr gebricht, daß selbst mehrere Rechtsgelehrte, welche ihr huldigen zu müssen glaubten, doch ihre eigene Ueberzeugung geradezu dagegen aussprachen, namentlich Strube, Walch, Winckler, Eberhard, v. Hartitzsch, Höpfner im Institt. Comm. §. 690. Denn, obgleich das canonische Recht, indem es den Concubinat verbot, das römische beschränkte Erbrecht der aus demselben entsprungenen Kinder nicht, wie es wohl nach caus. XXXII. qu. 2. c. 12. und qu. 4. c. 9. scheinen möchte, ausdrücklich aufgehoben, auch die Glosse es vielmehr festgehalten hat, cf. Glossa in C. ad Sct. Orfit. 6. 57. l. penult. — Glossa in C. de incest. nupt. 5. 5., welcher die Rechtsgelehrten des 14ten und 15ten Jahrhunderts folgten, und dies wohl meistens aus dem Grunde, weil das Erbrecht vom Civilrecht so lange beherrscht wird, so lange das canonische Recht nicht ausdrücklich das Gegentheil vorschreibt: so lag

*) Nicht so in Italien, Frankreich u. den Niederlanden, s. Mayer a. a. O. S. 59—67. 125. Neuere Gesetzgebungen haben auch in einzelnen deutschen Ländern dieses Erbrecht aufgehoben, z. B. Sachsen im Jahre 1804. Oesterreich im Gesetzb. v. J. 1811.; Andere haben es beibehalten, z. B. Hohenlohisches Landr. v. J. 1738. Thl. V. Tit. 1. §. 7 ꝛc., Cod. Max. Bavar. Thl. III. c. 12. §. 2. no. 11., Preuß. allg. Landr. Thl. II. Tit. 2. §. 652., Badisches Landr. v. J. 1809. S. 756., ein Herzogl. Altenburgisches Gesetz v. J. 1823. und 1841., Coburgisches v. J. 1825., Weimarisches v. J. 1833.

darin doch fürwahr kein Grund für die Jurisprudenz, erst noch ein neues im früheren Recht nie bestandenes und nicht einmal ad similitudinem qualificirtes Erbrecht zu erschaffen, daher auch die angesehensten Rechtsgelehrten dasselbe verwerfen, s. die Lehrbücher von Thibaut §. 857., Mackeldey §. 616 not. e., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Thl. III. §. 682., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 433. (19.), Schweppe Thl. V. §. 827., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 413. not. 1., Seuffert §. 441., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 89., Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehel. Geschlechtsgemeinschaft S. 256., Busch a. a. O. §. 303., Kind Qu. for. T. IV. c. 71., Kapff merkw. Rechtssprüche S. 98. Die Kaiserliche Landgerichtsordn. Thl. III. Tit. 82. §. 1. und Tit. 83. §. 1—3. gesteht den außerehelichen Kindern, wenn sie nicht aus verdammter Vermischung herstammen, ein Erbrecht nur auf den Nachlaß ihrer Mutter, wenn dieselbe keine ehelichen Kinder hinterläßt, zu, nicht aber auf den Nachlaß ihres natürlichen Vaters; s. Seuffert u. Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 348. Uebereinstimmend sind die Erk. des O.-A.-G. in Kiel und Lübeck; s. Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 302 rc.

Wo indessen Particularrecht oder ein besonderer Gerichtsbrauch für ein solches Erbrecht besteht, können noch darüber Zweifel erwachsen, ob h. z. T. noch die Mutter an dem Sextans participiren kann? Dies wird von Einer Seite bezweifelt, weil die Mutter aus einem facto illicito lucriren würde, s. Biener Diss. varias jur. civ. quaest. tractans. Qu. I. Lips. 1797., von anderer Seite aber bejaht, weil der Geschwächten im Allgemeinen Entschädigungsansprüche gegen den Schwängerer zugestanden werden; Glück Intestaterbf. §. 109., Rosmann D. de succ. concubinae Cap. II. §. 10., Carpzov P. I. Dec. 167. Da die liberi naturales nur dann den Sextans fordern können, wenn weder eine Wittwe noch legitime Kinder vorhanden sind, so kann in dem Fall, wenn im Mangel letzterer zwar eine Wittwe vorhanden, aber nach den Ehepakten mit einer gewissen Summe abgefunden ist und deshalb nicht erben kann, Zweifel entstehen, ob dann die liberi naturales mit ihrem auf diesen Fall nicht vollkommen passenden Anspruch durchdringen können? Wenn nämlich die Seitenfreunde, welchen in diesem Fall die Erbschaft ex lege deferirt wird, die liberi naturales zurückweisen wollen, so scheint ihnen entgegenzustehen, daß sie aus einem blos der Wittwe zustehenden Recht nicht opponiren können. Dagegen kommt aber in Betracht, daß die Seitenverwandten hier nur ihr eigenes Successionsrecht ausüben,

welches die liberi naturales nicht zu verringern vermögen, da der Fall, in welchem ihnen eine Concurrenz gegeben ist, durch das Vorhandenseyn einer Ehefrau ausgeschlossen wird. Es kann nämlich darauf nicht weiter ankommen, ob diese auch wirklich miterbe, oder nicht, denn gewöhnlich ist der Fall, daß sie wenigstens nicht allein, häufig, daß sie nur zu einem kleinen Theil erbt, daher die Ausschließung der naturales gewöhnlich auch den Seitenverwandten zu Gute kommt, sie folglich allerdings de jure proprio excipiren. So wurde bei den höheren Gerichtshöfen des Königreichs Würtemberg erkannt, s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 98.

Endlich kann auch gefragt werden, ob die Mutter auf den Sextans, welchen das uneheliche Kind mit ihr zu theilen hat, auch dann, und zwar den vollen Anspruch zu machen hat, wenn das uneheliche Kind bereits gestorben ist, oder den Erbtheil ausgeschlagen hat? Glück Intestaterbfolge §. 108. S. 332. ist der Meinung, daß der Mutter in diesem Falle der Sextans allein gehöre, wogegen Höpfner Institt. §. 690. not. 7. und Rosmann de succ. concubinae ihr immer nur $^1/_{12}$tel zugestehen, indem nach Nov. 18. c. 5. und nach der Glosse hierzu die duae unciae als zwei Erbtheile betrachtet werden, von denen einer den gesammten Kindern, der andere der Mutter zufällt, demnach letztere nie mehr als $^1/_{12}$tel erhalten könne. Dafür spricht auch die Analogie der in Nov. 89. c. 12. für die facultas testandi des natürlichen Vaters gegebenen Vorschrift, daß er, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, den natürlichen Kindern und seiner Concubine zusammen nur $^1/_{12}$tel, wenn aber die Concubine allein vorhanden ist, dieser nur $^1/_{24}$tel soll verschaffen können, dagegen das Mehrere den ehelichen Kindern zufällt.

Zu 4) Die l. 2. u. 4. D. unde cognati (38. 8.) spricht blos das reciproke Erbrecht zwischen dem Kinde und dessen Mutter und Geschwistern, sowie l. 8. eod. gegen die Großmutter mütterlicher Seite aus, weshalb mehrere Rechtslehrer dasselbe nur auf die benannten Personen einschränken, indem alle bonor. possessiones streng genommen werden müßten; Cujacii Obs. Lib. 26. c. 23., Bynkershoeck Obs. jur. Rom. Lib. III. c. 11., Biener in not. ad Heineccii Element. §. 760. — Allein folgende Gründe streiten für das uneingeschränkte Erbrecht natürlicher Kinder an dem Vermögen der mütterlichen Verwandten: das Edict unde cognati sieht nicht auf die dem R. R. eigene Succession aus der Agnation und dem Hausrecht, sondern blos auf das naturale sanguinis vinculum, auf naturalis aequitas, es war auch zum Cognationsrecht nicht die eheliche Geburt er=

forderlich, §. 4. J. 3. 5., und die bonor. poss. unde cognati war bis auf den 6ten Grad gegeben, §. 5. J. eod. Insbesondere heißt es im §. 4. cit.: tantum ergo cognati sunt sibi sicut et matri cognati. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur, und der Kaiserliche Paraphrast lib. 3. tit. 5. §. 4. sagt: sed ex matre meretrice nati fratres cognatica jura inter se habent, ut etiam adversus omnem cognatum ex matre illis conjunctum, s. Madihn Miscellen Bd. I. no. 24. S. 120., Madelbey Lehrbuch §. 616., Tafel auserlesene Rechtssprüche Bd. I. S. 167.

Zu 5) Fast von allen, und selbst von vielen der entgegengesetzten Meinung ergebenen Rechtslehrern, s. Busch Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen S. 396. §. 293. not. 1. u. 2., wird der Gerichtsbrauch dahin bezeugt, daß die Brautkinder für legitim und erbfähig alsdann erachtet werden, wenn ein giltiges Eheverlöbniß stattgefunden hat, und die Copulation durch den eingetretenen plötzlichen Todesfall des Bräutigams oder durch bösliche Verlassung der Braut verhindert worden ist, s. Glück Intestaterbf. §. 97. u. P.=C. Thl. II S. 113., wo sich eine vollständige Literatur über diese Streitfrage findet.*) Die meisten Rechtslehrer erstrecken diesen Grundsatz auch auf die Succession in die väterlichen Lehngüter, wogegen aber bedeutende Autoritäten streiten, s. Weber Handb. d. Lehnrechts Thl. III. S. 260., Boehmer Princ. jur. feud. §. 123., Busch a. a. O., und um so mehr Bedenken obwaltet, als eine Lehnsobservanz dafür zu beweisen eine sehr schwierige und doch indispensable Aufgabe seyn würde. Im bürgerlichen Recht übrigens ist es zweifelhafter, ob der Beweis eines allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechts zu Gunsten der Brautkinder — wo nämlich nicht schon ein besonderer Gerichtsbrauch, welcher dem Gericht von selbst bekannt seyn muß, entscheidend vorliegt — nothwendig ist, wie wir in Bd. I. Kap. III. §. 50. zu Fr. 28—30. angenommen haben, und womit auch Mittermaier Privatr. §. 485. not. 1. übereinstimmt, wenn er sagt: „gemeinrechtlich läßt sich nicht allgemein die Erbfähigkeit der Brautkinder aufstellen," oder ob ein solches Gewohnheitsrecht,

---

*) Für die verneinende Meinung ist jedoch noch beizufügen: Schweppe röm. Privatr. Thl. V. §. 827., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. III. S. 180. (§. 19.), Thibaut System §. 857. (Ed. 8., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 508. In Zweifel läßt die Sache gestellt Boehmer J. E. P. T. III. Lib. 4. tit. 3. §. 50.

welchem wir ebensowohl als dem Gesetz*) die Kraft zuschreiben müssen, ein Princip der Billigkeit zu stabiliren, als gemeinkundig angenommen werden dürfe. Uehlein im civil. Archiv Bd. XIII. S. 121. — während gleichwohl auch er einen entgegenstehenden Gerichtsbrauch unter Anführung von 33 Gewährsmännern anerkennt — unterscheidet zwischen den Angehörigen der katholischen und der protestantischen Kirche. Für die letztern könne ein Brautkind nicht als legitim gelten, weil die Bedingung einer giltigen Ehe — kirchliche Trauung und Einsegnung — fehlt, und ebensowenig bei den dem Concilium Tridentinum unterworfenen Katholiken, wenn nicht der Eheconsens vor dem Pfarrer und zwei Zeugen, oder falls der competente Pfarrer nicht zu haben ist, wenigstens vor zwei Zeugen (nach der Entscheidung der congreg. interpr. Trident.) erklärt worden ist. Anders aber wäre in denjenigen katholischen Orten zu entscheiden, wo das Decret der Tridentinischen Kirchenversammlung nicht durch die in dessen cap. 1. a. E. ausdrücklich erforderte Promulgation gesetzliche Kraft erlangt hat. Indem nun der Verf. nachweist, daß in vielen katholischen Staaten die Disciplinarverordnungen des Tridentinum theils gar nicht, theils nur modificirt angenommen worden sind, behauptet derselbe, daß allda die Brautkinder nothwendig als legitim gelten müßten, weil die früheren Bestimmungen des canonischen Rechts sponsalia de futuro accedente concubitu cum consensu matrimoniali in sponsalia de praesenti, d. i. in eine wirkliche Ehe verwandelt haben; vergl. auch folgenden §. 135. Fr. 1. lit. g. [u. Seuffert's Archiv VIII. No. 65. 66. XII. No. 344. XV. No. 143.]

Zu 6) Vorausgesetzt wird, daß die Ehe öffentlich und förmlich und wenigstens von Seite Eines der beiden Eheleute bona fide, nämlich in entschuldbarer Unkenntniß**) des Ehehindernisses vollzogen

---

*) Solche gesetzliche Fürsehung zum Besten der Brautkinder ist in Preußen, Sachsen und Würtemberg getroffen, s. civilist. Archiv Bd. XIII. S. 122. not. 4. — Auch im Königreich Hannover, s. v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. S. 140., und im Churfürstenthum Hessen, s. Strippelmann neue Samml. bemerkenswerther Entscheidungen Th. I. S. 290., desgl. im Nassauischen ist das Erbrecht der Brautkinder anerkannt. Für dasselbe spricht auch Siebenkees v. d. Intestaterbfolge nach Nürnbergischen Rechten S. 33. §. 15. Nach einem Urtheil der Facultät in Leipzig, s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 254. no. 30.; vergl. Hommel Rhaps. Obs. 706., erben Brautkinder selbst dann, wenn beide Theile von der Sponsation abgeben.

**) G. L. Böhmer Auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 179. macht hierbei auch den Grundsatz geltend: ignorantia facti alieni praesumitur; l. 21.

worden sey, c. 2. u. 14. X. qui filii sint legitimi (4. 17.), denn wenn beide Eheleute dasselbe kannten, oder nur nicht kennen wollten, so werden die Kinder als uneheliche angesehen; c. 3. §. 1. X. de clandest. despons. (4. 3.), Boehmer Princ. jur. can. §. 386., v. Hartitzsch Eherecht §. 19. Entschuldbar wäre die Unkenntniß nicht, wenn die Ehegatten durch Umgehung des öffentlichen Aufgebots selbst verhindert hätten, das entgegenstehende Hinderniß in Erfahrung zu bringen, cum illi taliter contrahendo non expertes scientiae vel saltem affectatores ignorantiae videantur, c. 3. §. 1. X. cit., Pütter Auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Thl. I. Resp. 248. §. 32. S. 94. Die Putativehe hat für die Kinder alle Wirkungen der wirklichen Ehe in Beziehung auf ihre Eltern; das reciproke Successionsrecht der Eltern in das Vermögen des Kindes muß aber, wenn Eines von ihnen das Hinderniß kannte, auf den mit demselben unbekannten Ehetheil eingeschränkt bleiben; Koch Succ. ab int. §. 51., Glück Intestaterbf. §. 113., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Thl. III. S. 180. (§. 19.), Mackeldey Lehrb. §. 512. u. 616. Wenn aber auch beide Theile und ihre Kinder sich der bürgerlichen Wirkungen des ehelichen Standes zu erfreuen haben, so werden sich diese gleichwohl nicht über die Grenzen des Familienrechts hinaus erstrecken lassen. Schott Eherecht S. 277. §. 138. legt deshalb der Putativehe nicht auch diejenigen Wirkungen bei, welche ihren Grund in besonderen mit der Ehe verknüpften Rechten und Privilegien haben, und Hommel Rhaps. Obs. 415. behauptet, daß Dritten kein Nachtheil daraus erwachsen dürfe. Die bona fides kann nämlich wohl die Nachtheile aufheben, welche die Ehegatten außerdem erleiden würden, aber ihnen keine Vortheile auf Kosten Dritter erwerben. Demnach würde in einem Staate, welcher für seine Diener ein gesetzliches Pensionssystem begründet hat, die Wittwe aus einer Putativehe schwerlich gegen den Staat das Recht auf Pensionirung behaupten können, es wäre denn, daß der Landesherr ausdrücklich diese Ehe genehmigt hätte.

Zu 7) Communis opinio Doctorum, welche neuerlich v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 412. gegen die Angriffe einiger neueren Schriftsteller, namentlich Glück Thl. XXXV. S. 169., v. Löhr im Magazin Bd. III. no. 11., Hunger das röm. Erbrecht S. 407. umfänglich vertheidigt hat, geht dahin:

A) die adoptio minus plena betr.

Das Successionsverhältniß des unvollkommen Adoptirten zu

D. de probat. (22. 3.) praesumitur enim ignorantia, ubi scientia non probatur, c. 47. de reg. jur. in VIto.

seinen leiblichen Eltern und Geschwistern wird von ihr gar nicht berührt, denn durch die adoptio minus plena tritt der adoptatus nicht aus der leiblichen Familie heraus, wird auch kein heres suus des Adoptivvaters und ebensowenig Erbe der übrigen Familienglieder des Adoptivvaters §. 2. u. 11. J. 1. 11. — l. 10. pr. §. 1. u. 5. C. 8. 48., und der Adoptivvater erbt ihn gar nicht, er aber erlangt in dem Vermögen des Adoptivvaters, so lange das Band nicht durch Emancipation gelöst wird, in dem Fall, wenn er ohne Testament stirbt, ein Erbrecht neben den leiblichen Kindern des Adoptivvaters.

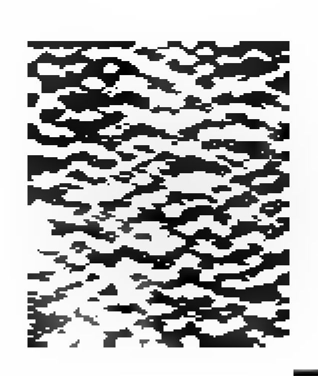
B) Ein anderes Verhältniß aber wird durch die arrogatio und adoptio plena gebildet, denn solche Adoptivkinder kommen in die väterliche Gewalt und in die Familie des Adoptivvaters, sie erlangen daher gegen ihn das völlige Erbrecht der sui heredes, schließen demnach alle Verwandte des Adoptivvaters in der aufsteigenden und Seitenlinie aus, und erben zugleich mit dessen leiblichen Kindern. Vermöge dieses der Blutsverwandtschaft gleichgestellten Verhältnisses beerben solche adoptivi den Adoptivvater*) und werden auch hinwiederum von demselben beerbt, nur findet dann in Ansehung des Erbrechts des arrogator in dem Vermögen des arrogati eine Ausnahme statt, wenn dieser in der Unmündigkeit stirbt. Der arrogator darf auch das geknüpfte Familienband nicht ganz willkürlich durch Emancipation auflösen, denn, thut er es ohne gerechte Ursache, so muß er dem arrogirten Unmündigen den vierten Theil seines Vermögens (quarta Divi Pii) überlassen. Ebensowenig darf er ihn ohne gerechte Ursache exherediren; vergl. Bd. I. Abth. II. Kap. III. §. 72. zu

*) Darüber, ob der Adoptirte auch den Ascendenten des pater adoptans succedire, sind die Meinungen verschieden. Manche negiren dies durchaus, s. Schömann Obs. jur. pag. 3—8. Andere gestehen es nur zu, wenn die Ascendenten des Arrogirenden in die Arrogation eingewilligt haben, s. Koch Succ. ab intest. §. 66., wieder Andere stellen die reine Affirmative auf, denn während man allgemein zugestehe, daß das adoptirte Kind Agnat der Agnaten des Adoptirenden werde, sey kein hinreichender Grund vorhanden, warum dem adoptirten Kinde die Agnaten-Ascendenten nicht auch als solche gelten sollen, s. Braun Erörter. zu Thibaut §. 491. — Hierbei ist indessen zu beachten, daß die Adoptivverwandtschaft zwar einen vollkommenen Successionsgrund abgibt, aber nur während ihrer Dauer. Durch Aufhebung des Adoptiv-Verhältnisses wird der Successionsgrund beseitigt. Der Adoptirte beerbt demnach zwar den Adoptivvater, aber von dessen Tod an nicht mehr einen Verwandten desselben; s. Puchta Vorlesungen Thl. II. §. 454., und auch den Adoptivvater selbst nicht, sofern das Band vorher, z. B. durch separatio oeconomiae, selbständige Etablirung gelöst ist; s. Thür. Blätter f. Rechtspfl. IV (1857.) S. 225.

f) Wenn man ein Successionsrecht unehelicher Kinder in sextantem des väterlichen Vermögens annimmt, so ist von Mehreren bezweifelt, ob dieses Successionsrecht reciprok sey; Vinnius ad §. 3. J. de Scto. Orphit. (3. 4.), Schmalz Instit. §. 406. Allein hier statuirt die Nov. 89. c. 13. deutlich genug die Reciprocität; Höpfner Instit. Comm. §. 693., Dabelow System des Civilr. §. 1880., Madihn Miscellen S. 124.

g) Der Satz, daß Brautkinder ihren natürlichen Vater und dessen Ascendenten gleich ehelichen Kindern beerben, darf wohl als ziemlich feststehend in der deutschen Praxis angenommen werden; ob aber umgekehrt der natürliche Vater auch ein Erbrecht in dem Nachlaß des Brautkindes habe, was Koch succ. ab. intest. §. 52. bejaht, darüber divergiren die Erkenntnisse. Daß ihm solches dann nicht zuzugestehen sey, wenn er die Vollziehung der Ehe verweigert hatte, liegt wohl außer Zweifel, und so wohl auch im Fall seiner mora. Hat er aber von seiner Seite Alles zur Vollziehung der Ehe gethan, und sein Ziel nur wegen Weigerung der Braut, oder wegen eines in ihrer Person liegenden Hindernisses, z. B. Krankheit, nicht erreichen können, so wird man ihm wohl nicht das Erbrecht in das Vermögen des von ihm anerkannten Kindes versagen können; s. Zimmermann im civilist. Archiv Bd. XXXVIII. S. 194.

Zu 2) Die leibliche Mutter succedirt allemal, ihr Kind mag arrogirt oder von einem Ascendenten adoptirt seyn, nicht minder, als wenn es von Jemand minus plene adoptirt worden ist; jedoch nach der Nov. 118. nicht mehr mit Ausschluß des Adoptivvaters, wie dies früher nach dem Scto. Tertulliano, l. 2. §. 15. l. 3. D. 38. 17., der Fall war; [illegible]
Glück Thl. [illegible]
Vater nicht [illegible]
wie nach l. [illegible]
und Günt[illegible]
S. 194., [illegible]
schließe, w[illegible]
annimmt, [illegible]
üben könn[illegible]
nach Viril[illegible]
a. a. O. [illegible]
lehrer für [illegible]
intest. Diss[illegible]



Rechnet man hier die 6 Enkel für einen Stamm, so tritt für die arme Wittwe die letztere quota ein, dagegen sie nur $1/7$ erhielte, wenn nach Köpfen succedirt wird. Es ist aber gegen die von Glück in der ersten Ausgabe der Intestaterbfolge S. 83. u. 288. angenommene, in der späteren Ausgabe aber von ihm selbst widerrufene Meinung allgemein angenommen, daß von der Regel der Nov. 118. c. 1., gemäß welcher Descendenten des zweiten Grads oder folgender Grade nach Stämmen succediren, keine Ausnahme stattfinde; Mackeldey Lehrbuch §. 622., v. Vangerow a. a. O. §. 415. Als bekannt kann übrigens angenommen werden, daß Kinder aus verschiedenen Ehen nur ihren leiblichen Ascendenten beerben können, wenn keine Einkindschaft errichtet worden ist, von welcher in Bd. I. Kap. III. §. 73. sowie ebend. §. 67.*) gehandelt wurde; da dieses, sowie die Concurrenz der Wittwe mit den Kindern des verstorbenen Mannes fast überall durch Landesrechte, aber auch in vielfacher Verschiedenheit unter dem Einfluß germanischer Elemente geregelt ist (vergl. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 382—414. der 6. Ausg.), so muß darauf hier lediglich verwiesen werden.

Zu 9) Mehrere Rechtsgelehrte behaupten, daß der Verzicht der Eltern von den Kindern, welche an ihre Stelle treten, gleichfalls beobachtet werden müsse, s. Stryck de success. ab intest. Diss. VIII. c. 10. §. 77., welcher übrigens a. a. O. §. 76. anerkennt, daß opinio communis seiner Meinung entgegen sey, und diese hat auch guten Grund, da ja die Enkel nicht aus der Person ihrer Eltern, sondern vermöge des ihnen in den Gesetzen gegebenen Erbrechts succediren, so kann dieses ihnen dadurch nicht benommen werden, daß ihre Eltern renunciirt haben, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 192., Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 55., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 456., Beseler Lehre von den Erbverträgen Bd. II. S. 250., Wolff deutsch. Privatr. Bd. I. S. 422., insbesondere auch dann nicht, wenn diese ihren Verzicht ausdrücklich auf ihre Nachkommen, jedoch ohne diese oder deren Vertreter beizuziehen, erstreckt haben; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVIII. S. 94., Stryck de succ. ab int. Diss. VIII. c. 10. §. 79. Zweifelhafter ist es freilich, wenn die Nachkommen den parens, welcher für sich und seine Erben verzichtet hat, wirklich beerbt haben. Hier halten Mehrere den Verzicht für wirksam, s. Stryck l. c. §. 79., Cramer de pacto hereditario

---

*) S. hierüber vorzüglich Schrader's Abhandl. aus dem Civilr. Bd. I. S. 129., Glück Intestaterbfolge S. 302., Roßhirt das Erbrecht S. 182., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 415. not. 2.

s. Braun Erörterungen zu Thibaut §. 686. Si eundem gradum habeant, *ex aequo* inter eos hereditas dividatur sagt die Nov. ohne weiteren Unterschied.

Zu 4) Wenn Ascendenten, es seyen nun Eltern oder Großeltern, mit den Geschwistern concurriren, so tritt successio in capita ein; Nov. 118. c. 2. ut et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem.

Hier ist aber zu bemerken, daß der Vater, wenn er auf diese Weise sein verstorbenes Kind neben dessen Geschwistern beerben will, nicht auch noch den Nießbrauch an den den Letzteren angefallenen Erbtheilen behaupten kann, Nov. 118. c. 2., ob ihm gleich dieser sonst an deren Adventizgut zusteht. Zufolge dieser Vorschrift der gedachten Novelle kann aber der Fall eintreten, daß der Vater sogar einen bisher schon besessenen Nießbrauch verlieren würde. Dem zu beerbenden Kinde kann nämlich bei seinen Lebzeiten schon ein Adventizgut angefallen seyn. Durch den Tod des Kindes fällt aber dieses mit dessen übrigem Vermögen in die Erbtheilung, und dadurch ginge also nach der Novelle dem Vater insoweit der bisher gehabte Nießbrauch an dem im Nachlaß des verstorbenen Kindes befindlichen Adventizgut verloren. Dies scheint unbillig, und deshalb sind auch die Meinungen der Rechtslehrer sehr getheilt. Viele halten dafür, daß dem Vater die bereits gehabte Nutznießung nicht mehr entzogen werden könne; z. B. das Kind stirbt mit Hinterlassung eines anderwärts erlangten Vermögens, woran der Vater die Nutznießung hatte, welches aber nun Vater und Mutter gleichheitlich erben; — hier soll der der Mutter anfallende Theil noch ferner der väterlichen Nutznießung unterworfen bleiben; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. no. 79., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 386. — Oder ein Kind, dem schon ein Muttergut angefallen ist, hinterläßt zu Erben Vater und Geschwister; auch da wird von Vielen gleichförmig statuirt: das in dem Nachlaß begriffene Muttergut des verstorbenen Kindes könne durch die Theilung nicht wieder dem väterlichen Nießbrauch entzogen werden; Stryck de succ. ab. int. Diss. II. c. 1. §. 13., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 573., Malblanc Princ. jur. T. II. §. 512., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 434. (25.), Seuffert Pand. §. 488., Schweppe röm. Privatr. §. 834 a., aber aus mehrfachen Gründen, und da das Gesetz keinen Unterschied macht, ist, wie Thibaut (s. Braun's Erörter. zu §. 686.) bezeugt, der Grundsatz in Praxi angenommen, und von den meisten Neueren auch der Theorie nach vertheidigt, daß der Vater, wenn er mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes

6) wenn blos vollbürtige Geschwister vorhanden sind? oder
7) blos Kinder von vollbürtigen Geschwistern? oder
8) blos vollbürtige Geschwister und Geschwisterkinder concurriren? oder
9) wenn Ascendenten mit Kindern von Geschwistern concurriren?
10) Welche Geschwister sind in der Lehre von der Erbfolge als vollbürtige anzuerkennen?
11) Succediren die Kinder verstorbener vollbürtiger Geschwister auch dann in capita, wenn eines verstorbenen Halbbruders Kinder daneben vorhanden sind?
12) Wenn neben den Geschwisterkindern ein Vatersbruder oder Mutterbruder vorhanden ist, findet dann successio in stirpes oder in capita unter den Geschwisterkindern statt?

Zu 1) Ausnahmsweise tritt in folgenden Fällen keine Reciprocität ein:

a) wenn ein Kind in putativer Ehe erzeugt ist, so succedirt es zwar beiden Eltern unbedingt, aber umgekehrt kann ihm der Vater oder die Mutter alsdann nicht succediren, wenn diese oder jener nicht in bona fide war; Koch succ. ab. int. §. 51., Glück Intestaterbf. §. 113.

b) Im Fall einer adoptio minus plena hat der adoptans kein Erbrecht am Vermögen des adoptatus, obgleich dieser den adoptans erbt, wenn derselbe kein Testament gemacht hat; l. 10. §. 1. in f. C. 8. 48.

c) Der Verpfleger eines Wahnsinnigen beerbt zwar diesen an der Stelle der Verwandten, welche die ihnen obliegende Pflicht nicht erfüllt haben, aber ein solcher Verpflegter succedirt nicht seinem Wohlthäter.

d) Die Kinder, welche, ihren Vater nicht von der Sklaverei loskaufen wollen, können zwar ihren Vater nicht beerben, wohl aber werden sie von ihm beerbt; Nov. 115. c. 3. no. 13.

e) Die arme Ehefrau beerbt zwar ihren reichen Ehemann, s. Nov. 117. c. 5., daß dies aber umgekehrt der Fall sey, sagt das Gesetz nicht, weshalb es auch von den meisten Rechtsgelehrten nicht statuirt wird; Mabihn Miscellen Bd. I. S. 126., Hagemeister D. jura conjugum secundum Nov. 117. c. 5. haud esse reciproca. Gryph. 1801.

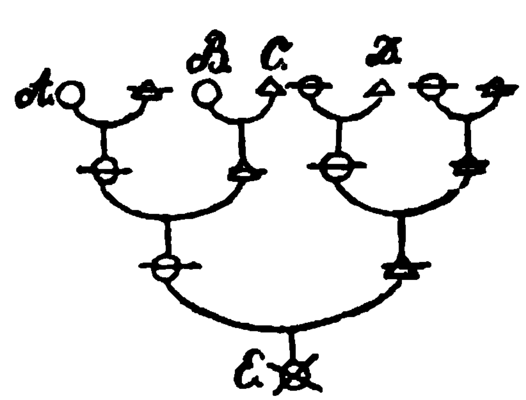
f) Wenn man ein Successionsrecht unehelicher Kinder in sextantem des väterlichen Vermögens annimmt, so ist von Mehreren bezweifelt, ob dieses Successionsrecht reciprok sey; Vinnius ad §. 3. J. de Scto. Orphit. (3. 4.), Schmalz Institt. §. 406. Allein hier statuirt die Nov. 89. c. 13. deutlich genug die Reciprocität; Höpfner Institt. Comm. §. 693., Dabelow System des Civilr. §. 1880., Madihn Miscellen S. 124.

g) Der Satz, daß Brautkinder ihren natürlichen Vater und dessen Ascendenten gleich ehelichen Kindern beerben, darf wohl als ziemlich feststehend in der deutschen Praxis angenommen werden; ob aber umgekehrt der natürliche Vater auch ein Erbrecht in dem Nachlaß des Brautkindes habe, was Koch succ. ab. intest. §. 52. bejaht, darüber divergiren die Erkenntnisse. Daß ihm solches dann nicht zuzugestehen sey, wenn er die Vollziehung der Ehe verweigert hatte, liegt wohl außer Zweifel, und so wohl auch im Fall seiner mora. Hat er aber von seiner Seite Alles zur Vollziehung der Ehe gethan, und sein Ziel nur wegen Weigerung der Braut, oder wegen eines in ihrer Person liegenden Hindernisses, z. B. Krankheit, nicht erreichen können, so wird man ihm wohl nicht das Erbrecht in das Vermögen des von ihm anerkannten Kindes versagen können; s. Zimmermann im civilist. Archiv Bd. XXXVIII. S. 194.

Zu 2) Die leibliche Mutter succedirt allemal, ihr Kind mag arrogirt oder von einem Ascendenten adoptirt seyn, nicht minder, als wenn es von Jemand minus plene adoptirt worden ist; jedoch nach der Nov. 118. nicht mehr mit Ausschluß des Adoptivvaters, wie dies früher nach dem Scto. Tertulliano, l. 2. §. 15. l. 3. D. 38. 17., der Fall war; s. Glück Intestaterbfolge §. 114., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 229. Zweifelhafter ist es, ob der leibliche Vater nicht den Adoptivvater des plene adoptirten Kindes ausschließe, wie nach l. 10. C. 8. 48. zu statuiren wäre; s. Lehr in Hagemann's und Günther's Archiv f. d. theoretische u. prakt. Rechtsgel. Thl. V. S. 194., oder ob der Adoptivvater den leiblichen Vater ganz ausschließe, wie Mühlenbruch a. a. O. S. 226. aus dem Grunde annimmt, weil immer nur Einer die Rechte des Vaters habe ausüben können, oder ob beide leibliche Eltern neben dem Adoptivvater nach Virilportionen erben. Das Letztere hat, wie Mühlenbruch a. a. O. S. 225. selbst anerkennt, die Autorität der meisten Rechtslehrer für sich; Glück Intestaterbf. §. 114., Stryck de succ. ab intest. Diss. II. cap. 1. §. 36., Koch Succ. ab int. §. 65. u. 66.,

Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1422., Wernher Comm. in Pand. Lib. 38. tit. 17. §. 12., Schmitt Lehre van der Adoption §. 60., Roßhirt Erbrecht S. 320., Francke Recht der Notherben S. 188., Büchel Streitfragen S. 64., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 412. not. 1. no. 4., Thibaut System §. 860. (Ed. 8.)

Zu 3) Unter den Ascendenten schließt ohne Unterschied der Linie und des Geschlechts immer der nähere den entfernteren aus, und die Ascendenten gleichen Grades erben gleichheitlich, so daß die eine Hälfte auf die Ascendenten väterlicher und die andere auf die Ascendenten mütterlicher Seite fällt; Nov. 118. c. 2. In jeder der beiden Linien erhalten dann die im Grade sich gleichstehenden Personen Kopftheile. Abweichend sind zwar Mehrere im letzten Punkte, indem auch da wieder Theillinien angenommen werden wollen; Ludolff system. Lehre v. d. Intestaterbf. §. 136., Stryck de succ. ab intest. Diss. II. c. 1. §. 20., Schrader civilr. Abhandl. S. 185., Zachariä Institutionen S. 666. Allein s. dagegen Glück a. a. O. §. 118. S. 365., Roßhirt Erbrecht S. 315., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1423., Thibaut System §. 861. (Ed. 8), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 143. u. 147. §. 830 b., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 416. not. 2.; Z. B.



Wenn E. von der väterlichen Linie den Urgroßvater A. und die beiden Eltern der väterlichen Großmutter B. u. C., dann von der mütterlichen Linie die Urgroßmutter D. hinterläßt, so erhält die mütterliche Urgroßmutter D. die Hälfte, die väterlichen Urgroßelten A., B., C. aber theilen sich in die andere Hälfte, nicht nach Linien, sondern nach Köpfen. In der Nov. 118. ist nämlich nur vorgeschrieben, daß, wenn Ascendenten allein vorhanden sind, die eine Hälfte auf die väterliche Linie des Erblassers, und die andere auf die mütterliche Linie desselben fallen solle, und daß dann diese Hälfte unter die gleich nahen Ascendenten zu vertheilen sey. Daß bei einer Spaltung der höheren Linie noch einmal gespalten werden solle, sagt die Novelle durchaus nicht, und so bleibt hier nichts übrig, als das gewöhnliche Princip der communio, daß mehrere Personen, welche indefinite mit einander gerufen sind, nach Köpfen zu theilen haben;

s. Braun Erörterungen zu Thibaut §. 686. Si eundem gradum habeant, *ex aequo* inter eos hereditas dividatur sagt die Nov. ohne weiteren Unterschied.

Zu 4) Wenn Ascendenten, es seyen nun Eltern oder Großeltern, mit den Geschwistern concurriren, so tritt successio in capita ein; Nov. 118. c. 2. ut et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem.

Hier ist aber zu bemerken, daß der Vater, wenn er auf diese Weise sein verstorbenes Kind neben dessen Geschwistern beerben will, nicht auch noch den Nießbrauch an den den Letzteren angefallenen Erbtheilen behaupten kann, Nov. 118. c. 2., ob ihm gleich dieser sonst an deren Adventizgut zusteht. Zufolge dieser Vorschrift der gedachten Novelle kann aber der Fall eintreten, daß der Vater sogar einen bisher schon besessenen Nießbrauch verlieren würde. Dem zu beerbenden Kinde kann nämlich bei seinen Lebzeiten schon ein Adventizgut angefallen seyn. Durch den Tod des Kindes fällt aber dieses mit dessen übrigem Vermögen in die Erbtheilung, und dadurch ginge also nach der Novelle dem Vater insoweit der bisher gehabte Nießbrauch an dem im Nachlaß des verstorbenen Kindes befindlichen Adventizgut verloren. Dies scheint unbillig, und deshalb sind auch die Meinungen der Rechtslehrer sehr getheilt. Viele halten dafür, daß dem Vater die bereits gehabte Nutznießung nicht mehr entzogen werden könne; z. B. das Kind stirbt mit Hinterlassung eines anderwärts erlangten Vermögens, woran der Vater die Nutznießung hatte, welches aber nun Vater und Mutter gleichheitlich erben; — hier soll der der Mutter anfallende Theil noch ferner der väterlichen Nutznießung unterworfen bleiben; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. no. 79., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 386. — Oder ein Kind, dem schon ein Muttergut angefallen ist, hinterläßt zu Erben Vater und Geschwister; auch da wird von Vielen gleichförmig statuirt: das in dem Nachlaß begriffene Muttergut des verstorbenen Kindes könne durch die Theilung nicht wieder dem väterlichen Nießbrauch entzogen werden; Stryck de succ. ab. int. Diss. II. c. 1. §. 13., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 573., Malblanc Princ. jur. T. II. §. 512., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 434. (25.), Seuffert Pand. §. 488., Schweppe röm. Privatr. §. 834 a., aber aus mehrfachen Gründen, und da das Gesetz keinen Unterschied macht, ist, wie Thibaut (s. Braun's Erörter. zu §. 686.) bezeugt, der Grundsatz in Praxi angenommen, und von den meisten Neueren auch der Theorie nach vertheidigt, daß der Vater, wenn er mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes

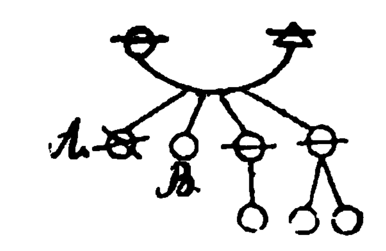
erben will, den Nießbrauch an dessen Nachlaß, er möge bestehen, worin er wolle, weiter nicht in Anspruch nehmen könne; s. Roßhirt Erbrecht S. 339., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. X. S. 165., Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I. §. 190., Mühlenbruch Lehrb. §. 569. no. 6., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 416. not. 3., Arndts im Rechtslex. Bd. V. S. 682. not. 99., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 206.

Zu 5) Hier succediren die Ascendenten und leiblichen Geschwister nach Köpfen, die Kinder der vollbürtigen Geschwister aber nach den Stämmen; s. Nov. 127. c. 1., Puchta Vorlesungen Bd. II. §. 457.

Zu 6) Diese succediren unbezweifelt in capita, sowie auch

Zu 7) für die successio in capita durch den Reichstagsabschied v. J. 1529. §. 31. entschieden ist.

Es kann aber doch der Fall eintreten, daß Geschwisterkinder allein erben, und doch nicht in capita, sondern in stirpes succediren, z. B. nach folgendem Schema:



Stirbt nämlich B. vor Antretung der Erbschaft des A., oder schlägt er sie aus, so wird zwar dessen vacanter Erbtheil den Geschwisterkindern accresciren, aber die Erbfolge in stirpes wird dadurch nicht in eine successio in capita verwandelt, weil bei dem Successionsrecht immer nur auf die Todeszeit des Erblassers zu sehen ist; Glück Intestaterbf. §. 126., Roßhirt Zeitschr. für Civil- u. Criminalr. Bd. I. S. 382. und dessen Lehrb. über das Erbrecht.

Zu 8) Hier ist gleichfalls durch die Nov. 118. c. 3. für die successio in stirpes entschieden.

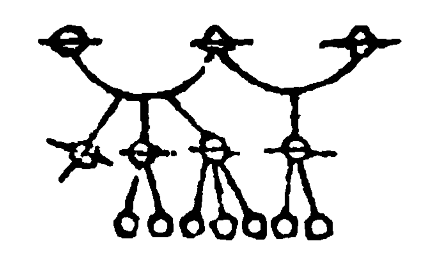
Zu 9) Die Ascendenten succediren nach Köpfen, die Kinder der vollbürtigen Geschwister aber nach Repräsentationsrecht. So will es der allgemein anerkannte Gerichtsbrauch,*) wenn gleich das Gesetz selbst ihm nicht günstig scheint; denn nachdem früher die Geschwisterkinder von den Ascendenten ganz ausgeschlossen worden waren, Nov. 118. c. 3., in der Folge aber Justinian durch die Nov. 127. die Kinder verstorbener Geschwister an deren Statt zugleich mit den lebenden Geschwistern

*) Siehe Glück Intestaterbfolge S. 373., Thibaut System §. 860., Madelbey Lehrb. §. 624. not. o.

zuließ, weil es den Bruderskindern zu empfindlich fallen könnte, wenn sie nichts bekämen, während Brüder mit Ascendenten erbten, ist die Absicht des Gesetzgebers wahrscheinlich dahin anzunehmen, daß die Geschwisterkinder nur von den Geschwistern nicht ausgeschlossen werden sollten, übrigens aber daran nichts geändert werden wollte, daß Jene dann, wenn sie nur neben Ascendenten stehen, diesen gegenüber nicht concurriren können, denn da konnte der Stoff des Reides darüber, daß Brüder mit Ascendenten theilen, nicht erwachsen; s. Braun zu Thibaut §. 685. Zur Rechtfertigung des Gerichtsbrauchs s. Puchta Vorles. Bd. II. S. 316.

Zu 10) Im Recht der Erbfolge reicht es zur Classe der vollbürtigen Geschwister nicht hin, von einerlei Eltern geboren zu seyn, denn unehelich geborene, welche nicht vollkommen legitimirt worden sind, können sich nicht in die Reihe stellen; Glück Intestaterbfolge §. 17.

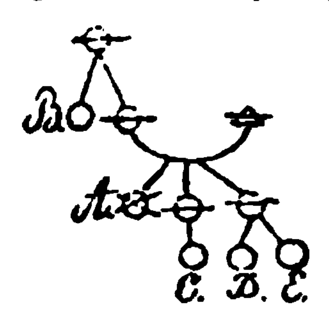
Zu 11) Man setze folgendes Schema:



Mehrere Rechtsgelehrte behaupten, daß die vollbürtigen Geschwisterkinder, um die Kinder des Halbbruders auszuschließen, sich des Repräsentationsrechts bedienen müßten, weil sie sonst als gradu aequales nur zugleich mit ihnen succediren würden; denn mittels des Repräsentationsrechts würden sie erst in den Stand gesetzt, sich der Bandesduplicität bedienen zu können, es finde also in diesem Falle eine successio in stirpes statt, Cocceji Jus controv. Lib. 38. tit. 15. qu. 5., Heisler Diss. de fratrum germanorum liberis etc. cap. 3. u. A. m., ja Wissenbach in Disputat. ad instituta imperialia D. XXX. §. 41 behauptet sogar, daß die Kinder der vollbürtigen Geschwister auf keine Weise die Kinder der halbbürtigen Geschwister auszuschließen vermöchten, allein das Richtige ist ohne Zweifel, daß sie deren Ausschließung allerdings und zwar *jure ordinis* bewirken, mithin auch keines Repräsentationsrechts bedürfen. Man kann hier ohne Bedenken so schließen: wenn das Daseyn eines Halbbruders nicht hindert, daß die Kinder vollbürtiger Geschwister nach den Köpfen erben, so kann die Existenz der Kinder eines Halbbruders noch weniger in der Sache ändern; Glück Instetaterbf. §. 124., Koch Succ. ab int. §. 78. Schol. II., Walch Introduct. in controv. jur. civ. pag. 390. §. 15. u. 16. Demnach

succediren im obigen Schema die vollbürtigen Brudersöhne nicht in stirpes, sondern in capita. *)

Zu 12) Man setze folgendes Schema



Ueber diesen Fall herrscht in Folge einer Verwechselung der successio ordinis und graduum eine ähnliche Divergenz der Meinungen. Einige behaupten, daß der vollbürtigen Brüder Kinder zwar den Vatersbruder ausschlössen, allein anders nicht als mit Hilfe des Repräsentationsrechts, weil sie mit ihm gleichen Grades wären, und demnach finde successio in stirpes statt; Cujac. in exposit. Nov. 118., Cocceji jus controv. Lib. 38. tit. 15. qu. 5., Boehmer Introd. in jus Dig. Lib. 38. tit. 15. §. 15., Wernher Comm. in Pand. Lib. 38. tit. 17. §. 15, Heisler Diss. cit. cap. 4. Andere glauben, die vollbürtigen Brüderkinder könnten den Vatersbruder des Verstorbenen gar nicht ausschließen, weil ihnen hier kein Repräsentationsrecht zustehe, sondern sie erbten mit ihm in capita; Wissenbach l. c. Disp. 30. §. 42., Huber Praelect. ad Instit. Lib. III. tit. de success. ab intest. sec. Nov. 118. §. 15. Die richtigste Meinung ist jedoch die, daß die Kinder der vollbürtigen Geschwister C. D. E. den Vatersbruder des Verstorbenen A jure ordinis ausschließen, weil Letzterer zur vierten Classe gehört, und daß daher C. D. u. E. nach den Köpfen erben; Glück Intestaterbfolge §. 125., Voet Comm. ad Pand. T. II. Lib. 38. tit. 15. §. 16., Walch Diss. de success. collateralium tertii gradus §. 6—9., Stryck de succ. ab intest. Diss. III. cap. 1. §. 15., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1425., Koch Succ. ab int. §. 78. Schol. III. Nach Sächsischem Recht s. Martin Jahrbücher der Gesetzg. u. Rechtspflege Bd. I. S. 89.

---

§. 136.

3. Dritte Classe. Succession der Halbgeschwister und deren Kinder.

1) Wie wird in dieser Classe succedirt, wenn
   a) allein Geschwister, oder

---

*) Vom Lübischen Recht über die Concurrenz vollbürtiger Geschwisterkinder mit Kindern zweiter Ehe s. Desterding Analecta juris Lubec. pag. 111.

b) nur Geschwisterkinder, oder
c) Beide zusammen
vorhanden sind?
2) Wie verhält sich die gesetzliche Erbfolge zwischen leiblichen und durch Adoption gewonnenen Geschwistern?
3) Können eheliche Kinder von väterlicher Seite den unehelichen Bruder beerben?

Zu 1) Nachdem die früher von vielen Praktikern, jedoch irrig aus l. 13. §. 2. C. 6. 58. abgeleitete, von den Neueren aber (s. v. Löhr im Magazin Bd. IV. no. 9., Francke Beitr. S. 162., Guyet Abhandl. no. 2) gründlich widerlegte Meinung, als müsse die Theilung nach dem Ursprunge der Güter gebildet werden, so daß das väterliche Vermögen auf die väterlichen, das mütterliche auf die mütterlichen Halbgeschwister falle, als allgemein verworfen angesehen werden muß, zumal Justinian das ältere Erbrechtssystem durch die Nov. 118. aufgehoben hat (s. Madihn Miscellen Bd. I. S. 128., Glück Intestaterbfolge S. 710., Koch Succ. ab intest. §. 46., Roßhirt Erbrecht S. 372. und die Lehrbücher von Thibaut, Mackeldey, Mühlenbruch,*) v. Wening=Ingenheim, Puchta rc.): so unterliegt es keinem Zweifel mehr, daß in dieser Classe auch nur wieder die Regeln der zweiten Classe gelten, folglich halbbürtige, d. i. solche Geschwister, welche nur Einen gemeinschaftlichen Ascendenten haben, es seyen nun consanguinei oder uterini, im ersten und zweiten Fall (zu a. u. b.) nach Köpfen, im dritten Fall aber (zu c.) nach Stämmen succediren.

Zu 2) Es versteht sich vornweg, daß hier nur von plene adoptatis die Rede seyn könne, und bekannt ist es auch, daß bei solchen das Agnationsverhältniß auch durch den Tod des Adoptivvaters oder Arrogators nicht aufgehoben wird; Stryck de succ. ab intest. Diss. III. cap. 1. §. 30—33. Solche adoptivi werden nun von ihren leiblichen Geschwistern eben so beerbt, als wenn keine Adoption vorgefallen wäre; im Verhältniß zu den leiblichen Kindern ihres Adoptivvaters aber gelten sie für Halbgeschwister und succediren also in Concurrenz mit leiblichen consanguineis oder uterinis. Gegen die abweichende Meinung, welche v. Löhr in seinem Magazin III. 11. aufstellte, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 412. No. III.

---

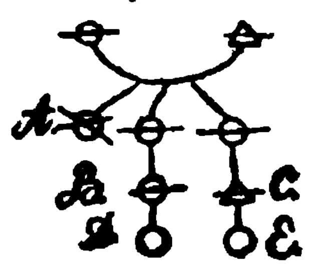
*) nämlich in der dritten Auflage seiner Doctr. Pand. §. 635., denn in der zweiten Auflage hing er noch der älteren Lehre an.

Zu 3) Man könnte für die unbedingt bejahende Meinung sich vielleicht darauf berufen, daß nach neuerem R. R. die ehelichen Geschwister von des Vaters Seite eben so gut als die mütterlichen Verwandten succediren müßten, weil der Grund, weshalb nach älterem Recht ein Anderes gegolten, blos in dem Unterschied der Agnation und Cognation liege, welcher aber nach Novellenrecht gänzlich aufgehoben sey. Allein dieser Unterschied ist in der Nov. 118 nur in Ansehung der legitimen Verwandten aufgehoben, es können daher die ehelichen Kinder den unehelichen Kindern ihres Vaters ebensowenig succediren, als zwei von einem Vater mit mehreren Müttern außer der Ehe erzeugte Geschwister einander succediren, weil es an dem legitimen Verwandtschaftsbande fehlt; Mabihn Miscellen Bd. I. S. 125. Anders zwar lehrt Koch Succ. ab intest. §. 93. (Ed. 4), wenn er sowohl von consanguineis als uterinis sagt: ad fratrum sororumve defunctorum unilateralium h. admittuntur, sive ipsi sint legitime nati sive non, *sive defunctus frater unilateralis legitime natus fuerit sive non,* sive reliqui concurrentes fratres unilaterales sint legitime nati sive non. Allein man wird mit Stryck de succ. ab intest. Diss. III. cap. 1. §. 35—37 zwischen consanguineis und uterinis unterscheiden müssen: fratres naturales consanguinei, seu ab eodem patre geniti nec Agnati nec Cognati invicem sunt. Non Agnati, quia agnatio ex justis nuptiis demum oritur, nec Cognati, quia cognatio per matrem contrahitur, ut hinc nullo respectu succedere possint. Et eo hoc extenditur, ut fratres naturales consanguinei non tantum legitime natis non succedant, sed ut nec sibi invicem succedere possint. Ein anderes ist es bei den uterinis, denn aus der Person der Mutter hat hier Jeder gleiches Recht. Sie succediren sich unter einander sowie allen Collateralen von mütterlicher Seite. Quid si — heißt es weiter — si alii fratres legitime nati adsint et cum spuriis vel naturalibus in hereditate fratris legitime nati concurrant? Resp. si germani sint, soli succedunt utpote duplici vinculo ipsi defuncto juncti, sed si legitimi fratres etiam tantum unilaterales, spurii cum his concurrunt. Nec enim tantum in successione fratris spurii sed et legitimi naturales cum legitimis concurrere putamus, Stryck l. c., wo er übrigens, was den letzteren Punkt betrifft, Struv. Exerc. 38. th. 36. u. Richter de succ. ab intest. Sect. 3. Membr. 3. no. 5., als Dissentienten anführt, und sich auf die in Caspar. Anton Thesaurus quaest. for. Lib. I. qu. 22. no. 12. zu findende Widerlegung beruft.

§. 137.

4. Vierte Classe.

Unbestritten succediren hier alle entfernteren Seitenverwandten in infinitum nach der Nähe des Grades, sie mögen Agnaten oder Cognaten seyn, nur darf keine solche Person, zu welcher der Erbschaftsprätendent nicht successionsfähig ist, zwischen ihm und dem Verstorbenen stehen; z. B. nach folgendem Schema:



Wenn D. ein natürlicher Sohn des B. wäre, so könnte er den A. nicht ab intestato beerben, weil er in Ansehung seines Vaters nicht vollkommen erbfähig ist. So auch, wenn B. ein natürlicher Sohn seines Vaters gewesen wäre, so kann D., wenn er auch ein rechtmäßiger Sohn des B. ist, dennoch dem A. so wenig succediren, als ihn desselben Vater beerbt haben würde.

---

§. 138.

5. Vom Einfluß der mehrfachen Verwandtschaft.

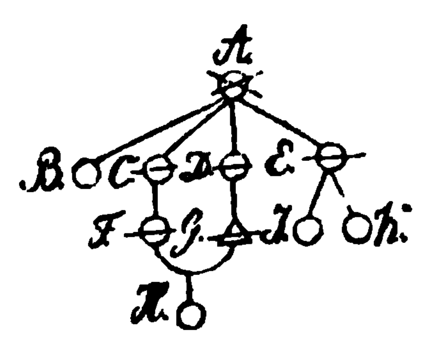
Inwiefern kann eine Person durch mehrfache Verwandtschaft zu einer mehrfachen Erbportion gelangen?

Dies ist der Fall nicht nur, wenn in einer Person mehrere Arten der Verwandtschaft, wie die natürliche und die bürgerliche, zusammentreffen, sondern es kann auch in der natürlichen Verwandtschaft allein eine Duplicität, Triplicität u. s. w. dadurch eintreten, daß eine Person durch mehrere Generationslinien mit dem Erblasser verbunden ist, und nicht Eine dieser Qualitäten die andere in der Successionsfrage ausschließt; Koch Succ. ab intest. Auct. III. Sect. II. pag. 245. Hugo's civilist. Magazin Bd. IV. no. 7. über den Unterschied der vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandtschaft von der einfachen und mehrfachen Blutsverwandtschaft überhaupt. — Dabei wird eine successio in stirpes nothwendig vorausgesetzt; s. Fritz in Linde's Zeitschrift Bd. XV. S. 46. §. 8., dann aber kann die mehrfache Portion, wie Glück Intestaterbfolge §. 36. gegen die Dissentienten, z. B. Weisser Anleitung zur Berechnung der Verwandtschaftsgrade §. 20.,

Malblanc Princ. jur. Rom. Lib. I. tit. 6. §. 134. ausführt, in der Succession der Descendenten und Ascendenten erwachsen, z. B.

unter Descendenten,

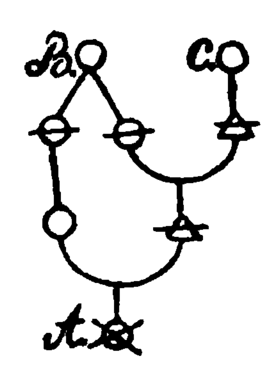
wenn Geschwisterkinder einander heirathen;



Hier ist H. als Enkel von zweier Söhne Kindern mit A. doppelt verwandt, und da bei Enkeln eine successio in stirpes stattfindet, so bekommt H. eine doppelte Portion, dagegen B. $^1/_4$ und J. und K. zusammen auch $^1/_4$ erhalten,

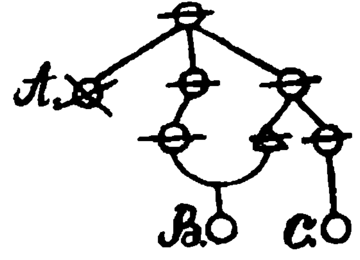
unter Ascendenten

nach folgendem Schema:



A. hinterläßt zwei Urgroßväter B. und C., von denen B. ein doppelter, C. aber nur ein einfacher Ascendent des A. ist. Wenn nun unter den entfernteren Ascendenten der väterlichen und mütterlichen Linie eine successio in lineas stattfindet, so wird B. erstlich als der einzige Ascendent von der väterlichen Linie die eine Hälfte der Erbschaft des A. erhalten, da er aber auch Ascendent von der mütterlichen Linie ist, so wird B. auch von der anderen Hälfte der Erbschaft des A., welche an die mütterliche Linie fällt, einen gleichen Antheil, somit zusammen $^3/_4$ erhalten, während C. nur $^1/_4$ erhält: Glück Intestaterbf. S. 95.

Dahingegen, wo in capita succedirt wird, bewirkt die doppelte Verwandtschaft keinen doppelten Antheil; z. B.



Hier ist B. mit dem A. durch zwei Linien verwandt, denn er ist Descendent von zweier Brüder Kindern des verstorbenen A., eines Bruders Sohn und eines andern Bruders Tochter. Deshalb theilt

er aber doch mit dem C. nicht im Verhältniß von $^2/_3$ zu $^1/_3$, sondern gleichheitlich, weil bei so entfernten Seitenverwandten die Erbtheilung nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen stattfindet.

---

§. 139.

6. Succession der Ehegatten.

Dig. XXXVIII. 11. — Cod. VI. 18. unde vir et uxor.

Daß das Recht des überlebenden Ehegatten auf den ganzen Nachlaß des verstorbenen Gatten, im Fall dieser keine successionsfähigen Verwandten hinterlassen hat, sowie das Recht der armen Wittwe nach Nov. 117. cap. 5. auch h. z. T. noch gelte, ist wohl unbezweifelt; s. hierüber Schrader Abhandlungen aus dem Civilr. Bd. I. S. 98. Theorie eines gewöhnlich übersehenen Successionsrechts eines Mannes auf das Vermögen seiner Frau, bezüglich l. 3. C. 6. 60. — v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 311. u. 320. über das in der Nov. 53. c. 6. u. Nov. 117. c. 5. gegründete Erbrecht der Wittwen an der Verlassenschaft ihrer Ehemänner, ebendas. Bd. VI. S. 362., Bd. VIII. no. 13., Forts. v. Spangenberg Bemerkungen über die s. g. Succession der dürftigen Ehefrau, Martin Rechtsgutachten Bd. I. a. E., Pfeiffer neue Samml. bemerkenswerther Entscheidungen des O.-A.-Ger. zu Cassel Bd. III. no. 35., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 268., Stryck de success. ab intestato Diss. IV. c. 1. §. 4., Glück a. a. O. §. 144. Diesen höchst seltenen Fällen ist aber, sowie nicht minder den gewöhnlichen Erbfällen, h. z. T. durch Ehe- und Erbverträge und außerdem durch die deutschrechtlichen Normen der allgemeinen und particulären ehelichen Gütergemeinschaft fürgesehen, deren unzählige Varietäten*) jedoch aus dem schon Bd. I. Kap. 3. §. 56. S. 591. in der Note bemerkten Grund keine allgemeine Auffassung in Beziehung auf Praxis möglich machen, daher in diesem Werk nur auf die wissenschaftlichen Bearbeitungen des deutschen Privatrechts und eines jeden Landes Ordnungen und Ob-

*) Z. B. s. Hagemann u. v. Bülow prakt. Erörter. Bd. VII. S. 111. von der Erbfolge des weibl. Geschlechts in die Meier- und Colonatgüter rc. Rückfall des Meierguts an die Frau, wenn die Ehe wegen Ehebruchs des Mannes geschieden ist. Ebend. S. 105. v. d. Erbfolge in die freien, aber schatz- und reihepflichtigen Höfe nach den Rechten des Fürstenthums Osnabrück; Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 280. Geschieht die Intestaterbfolge bei Meierdingsgütern nach dem röm. oder deutsch. Recht?

servanzen verwiesen werden kann. — Vom Successionsrecht der jüdischen Ehegatten s. oben Kap. I. §. 133. zu Fr. 11.

---

§. 140.

7. Von der Successio ordinum et graduum und von dem Zeitpunkt der Erbschaftsvertheilung.

1) Wer gelangt zur Succession, wenn
A) derjenige, welchem — oder
B) Einer von denjenigen, welchen die Erbschaft deferirt war, ausfällt?

2) Man setze den Fall: A. hinterläßt einen Bruder B. und von seinem verstorbenen Bruder C. zwei Kinder. Es würde demnach successio in stirpes eintreten, also B. einen Theil und die beiden Kinder des C. den andern Theil bekommen. Nun hat aber der noch lebende Bruder B. zehn Kinder, und wenn er nicht vorhanden wäre, so würden durch die successio in capita $^{10}/_{12}$tel auf seine Kinder fallen. Um dies zu bewirken, repudiirt er die Erbschaft, wird er aber damit wirklich den beabsichtigten Zweck erreichen?

3) Richtet sich die Erbschaftsvertheilung nach dem Zeitpunkt der Delation oder der Adquisition der Erbschaft?

Zu 1) Im Allgemeinen steht die Regel fest: wenn die Delation der Erbschaft unwirksam geblieben ist, wenn nämlich Niemand ihr zufolge Erbe geworden ist, so wird dieselbe nach der Successionsordnung erneuert an die folgenden von der ersten Delation nicht betroffenen Successionsberechtigten. Diese successive Delation tritt 1) als successio graduum*) ein, wenn in einer Classe die Nähe des

*) Abweichend sind Puchta Pand. §. 458. und Thibaut System §. 858. (Ed. 8), indem sie statuiren: nicht in allen Classen finde successio graduum statt, insbesondere in der ersten Klasse könne nur durch Transmissionsrecht und nicht durch successio graduum die Succession des nachrückenden entfernteren Descendenten, zwischen welchem und dem Erblasser zur Zeit der ersten Delation ein Successionsberechtigter gestanden ist, begründet werden; s. dagegen v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 420., Glück Intestaterbf. §. 150. no. 2., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 439. (37.), Voet Comm. ad Pand. Lib. 38. tit. 17. §. 3. — Umfänglich behandelt die Lehre v. d. succesio ordinum et graduum Büchel civilrechtl. Erörter. Bd. II. S. 81. rc.

Grades entscheidet, und der nähere Delat nicht Erbe wird; 2) successio ordinum, oder an die Successionsberechtigten der folgenden Classe, wenn in der vorhergehenden Classe keine Personen vorhanden sind, welche wegen Gradesnähe Anspruch machen könnten. Kurz gefaßt, es rücken immer diejenigen vor, welche gleich Anfangs vom Gesetz gerufen worden wären, wenn der Weggefallene ihnen nicht im Weg gestanden wäre; §. 5. J. 3. 10. — l. 1. §. 10. D. 38. 9. Damit ist es

Zu A) entschieden, daß, wenn der nächste Verwandte, welchem die Erbschaft deferirt ist, repudiirt, oder vor der Antretung derselben stirbt, ohne daß ein Transmissionsrecht geltend gemacht werden kann, der nächstfolgende in derselben Classe oder allenfalls die folgende Classe nachrückt. Dagegen sind

Zu B) in dem Fall, wenn nicht sämmtliche zuerst berufene, sondern nur einige derselben wegfallen, die Meinungen der Rechtslehrer getheilt darüber, ob die vacante Portion den Mitberufenen durch das Anwachsungsrecht zufalle, oder denjenigen, welche succedirt haben würden, wenn ihnen der nun Weggefallene nicht im Weg gestanden wäre. Zwar dann, wenn einer der ursprünglichen Delaten repudiirt, zweifeln die Wenigsten daran, daß für die Mitberufenen das Anwachsungsrecht eintrete, wohl aber Viele alsdann, wenn einer der Delaten dadurch wegfällt, daß er nach der Delation, aber vor der Erwerbung der Erbschaft stirbt, und der Nächstfolgende blos durch den Weggefallenen ausgeschlossen war, folglich, wäre dieser ihm nicht im Weg gestanden, mit den Uebrigbleibenden succedirt hätte. In diesem Fall, welcher jedoch meistens durch das Transmissionsrecht beseitigt werden wird, soll für die Uebrigbleibenden nach der Meinung Mehrerer kein Accrescenzrecht eintreten können; z. B. A. stirbt mit Hinterlassung eines Vaters, eines väterlichen und mütterlichen Großvaters und eines Bruders. Der Vater stirbt vor der Erbschaftsantretung, nun soll der Bruder, welcher zuvor mit dem Vater getheilt haben würde, nach dieser Meinung nicht das Ganze erhalten, sondern es sollen die Großeltern nachrücken, welche den folgenden Grad ausmachen, weil nach Nov. 118. c. 2. auch die entfernteren Descendenten mit den leiblichen Geschwistern zugleich succediren; Koch Success. ab intestato §. 12b. (Ed. 4.). Nur in dem Fall könnten nach dieser Meinung die väterlichen Großeltern ausgeschlossen werden, wenn die Erbschaft beiden Eltern des verstorbenen Sohnes deferirt war, und nur der Vater vor der Antretung starb, denn die noch übrigbleibende Mutter würde ja für sich selbst die entfernteren Ascendenten ausschließen.

In der Seitenlinie denke man sich folgenden Fall: der Verstorbene habe zwei Brüder hinterlassen, einer derselben stirbt vor der Erbschaftsantretung mit Hinterlassung zweier Söhne. Nun soll nach dieser Meinung die portio vacans nicht auf den andern Bruder, sondern auf die Söhne des verstorbenen Bruders auch dann übergehen, wenn nicht der Fall eines Transmissionsrechts gegeben ist; Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 880., Stryck Succ. ab intest. Diss. III. c. 1. §. 11., Koch a. a. O., s. auch v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 439. (37.), Hunger das römische Erbrecht §. 130., Francke Beitr. zur Erläuter. verschiedener Rechtsmaterien Bd. I. S. 176., Valett Pandectenrecht Bd. III. §. 949., Mayer das Anwachsungsrecht S. 284. Die herrschende Lehre und Praxis, welche neuerlich v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 420. umfänglich vertheidigt hat, geht jedoch dahin: daß im Falle blos theilweisen Hinwegfallens der früheren Delaten einer neuen Delation nicht Raum gegeben sey, da die frühere noch wirksame Delation schon die ganze Erbschaft erschöpfe, daß mithin, wenn nicht sämmtliche zunächst Berufene weggefallen sind, und nicht einer der Transmissionsfälle begründet ist, immer die Portion des, gleichviel durch Repudiation oder Tod Hinweggefallenen den übrigen Delaten vermöge Anwachsungsrechts zukomme, mit Ausschluß selbst derjenigen Nachberufenen, welche nur durch den Weggefallenen von der Delation ausgeschlossen waren. Demnach erhält in dem beispielsweise angeführten Falle der Bruder das Ganze, und werden die Neffen von diesem ausgeschlossen. Das Accrescenzrecht hat also nach dieser Meinung den Vorzug; Roßhirt das Erbrecht S. 409., Glück Intestaterbfolge §. 150. 152., Mackeldey Lehrb. §. 619. no. 3., Thibaut System §. 855. (Ed. 8), Braun zu Thibaut §. 680., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 631. no. 2., Baumeister das Anwachsungsrecht S. 26., v. Savigny System Bd. VIII. S. 488., Göschen Vorlesungen Bd. III. 2. §. 929., Fein in d. Forts. von Glück's Comm. Thl. XLIII. S. 270.

Zu 2) Einige statuiren, obwohl ohne zulänglichen Grund: eine solche Repudiation gelte gar nichts, weil sie eine dolose Handlung sey; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 103., Hartmann Obs. pract. Lib. II. tit. 43. Obs. 12. Andere wollen die Söhne des Repudianten zulassen, doch so, daß succ. in stirpes salvirt bleibe; s. Leyser Sp. 423. no. 4., allein wie kann dem lebenden Repudianten gegenüber von dem beneficium repraesentationis abseiten der Söhne des Lebenden die Rede seyn? Wieder Andere, nämlich diejenigen, welche zur Fr. 1. unter den Dissentienten aufgeführt sind, wollen die

Söhne des Repudianten sub praetextu Edicti successorii admittiren und die Erbschaft nun sogar nach Köpfen theilen lassen; s. Stryck de succ. ab int. Diss. III. c. 1. §. 11., aber die richtige Entscheidung muß der oben erklärten herrschenden Lehre gemäß ohne Zweifel dahin gehen, daß die Repudiation gelte und der Erbantheil des Repudianten durch Accrescenzrecht an die Söhne des vorverstorbenen Bruders gelange; s. Koch Succ. ab int. §. 78. IV. Schol., Voet Comm. ad Pand. Lib. 38. tit. 17. §. 3.

Zu 3) Hier herrscht dieselbe Verschiedenheit der Meinungen. Die Frage kann in Fällen der in Fr. 1 bezeichneten Art wichtig werden; z. B. A. stirbt mit Hinterlassung eines Bruders, eines Neffen von einem und zweier Neffen von einem andern vorverstorbenen Bruder, und der erstgedachte Bruder fällt vor der Erwerbung der Erbschaft hinweg; tritt jetzt successio in capita ein, oder bleibt es bei der einmal begründeten successio in stirpes? Diejenigen, welche dem Accrescenzrecht den Vorzug vor der successio graduum geben, müssen den Zeitpunkt der Erbschaftsdelation als unabänderlich entscheidend gelten lassen; s. Glück Intestaterbfolge S. 700., Baumeister das Anwachsungsrecht S. 36., Büchel Streitfragen S. 230., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 421. Im vorgetragenen Fall accrescirt demnach durch den Wegfall des Bruders der Antheil, welcher ihm deferirt war, den Söhnen der beiden anderen Brüder, nach Verhältniß des Erbtheils, welcher ihnen deferirt war. Ein Anderes würde anzunehmen seyn, wenn sämmtliche Successoren, denen durch den Tod des Erblassers die Erbschaft deferirt war, ausfielen, und nun diejenigen einträten, welche durch die im Grad Näheren ausgeschlossen waren. Hier wäre der Fall einer neuen Delation gegeben, und nach dem Zeitpunkt dieser neuen Delation würde die Erbschaft vertheilt. Diese Delaten müssen aber die Successionsfähigkeit schon beim Tod des Erblassers gehabt haben; Puchta Pand. §. 458.

---

§. 141.

8. Vom Beweis der Verwandtschaft.

Wie ist derselbe zu führen?

Die Meinung Einiger, daß wegen der Schwierigkeit genealogischer Beweise hier Bescheinigungen genügen, ja wohl Vermuthungen, s. Ley-

ser Vol. II. Sp. 98. Med. 1—4., Kreittmayr Anmerkungen zum Cod. Max. civil. Bavar. Th. I. Kap. 4. §. 9. no. 7. ist, besonders wenn die Frage nicht blos einen zum summarischen Proceß geeigneten Incidentpunkt ausmacht, wohl mit Grund bestritten; s. Glück Thl. VII. S. 510., indessen ist wohl nicht zu bezweifeln, daß, wenn das Schema genealogicum nicht überall durch Taufzeugnisse der Pfarrämter belegt werden kann, der Beweis hinsichtlich solcher Lücken durch andere Beweismittel ersetzt werden könne, und daß es genüge, wenn nur bewiesen wird, daß die Person, welche in Ansehung ihrer Abstammung in Frage gezogen wird, von denjenigen, als deren eheliches Kind resp. Schwester oder Bruder sie prädicirt wird, in dieser Eigenschaft anerkannt und behandelt worden ist; s. Seuffert und Glück's Blätter für Rechtsanwendung Bd. V. S. 260. Der bisher bestehende und anerkannte Zustand, sagt Schweppe Röm. Privatr. Bd. IV. S. 4., macht den Standpunkt aus, von welchem die Beweislast angesehen werden muß. Derjenige der beiden Theile, welcher etwas behauptet, das gegen den bisherigen Zustand (possessio praetensi status) streitet und geleugnet wird, muß den Beweis führen; l. 8. l. 14. D. 22. 3. — l. 7. §. 5. l. 41. pr. D. 40. 12.

---

§. 142.

9. Von Successionsrechten aus einem anderen Grund als dem Verwandtschaftsrecht.

Darüber ist auf die allgemeinen Lehrbücher, Glück Intestaterbfolge §. 206. ꝛc. u. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 564. zu verweisen, insbesondere in Ansehung des Erbrechts des Verpflegers eines Blödsinnigen, Nov. 115. c. 3. §. 12., des Klosters, der Armenhäuser, des socii liberalitatis imperialis, gewisser Collegien, worüber jedoch die Praxis sehr unsicher ist; s. Boehmer J. E. P. T. II. Lib. III. tit. 27. §. 17., Koch Succ. ab intest. §. 115., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1429., Höpfners Institt. Comm. §. 703., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 393., Struv. jurispr. opific. T. III. Lib. I. cap. 4. no. 16., Pistor Consil. no. 1. 35., Stephani Comm. ad Nov. 118. no. 38.

Kapitel III.

Von Testamenten.

Inst. II. 12. quibus non est permissum, facere testamentum. Dig. XXVIII. 1. qui testamenta facere possunt. Cod. VI. 22. qui testamenta facere possunt vel non.

Indem der Staat seinen Mitgliedern das Recht einräumte, über ihr Vermögen noch jenseits der Grenzen ihres Lebens hinaus zu verfügen *), mußte er diese Freiheit auch an angemessene Regeln und Bedingungen knüpfen, welche sich größtentheils auf die Grundbedingung des Status civitatis (dessen sich jeder Testator, Soldaten ausgenommen, bestimmt bewußt seyn muß, l. 14. D. 28. 1.), auf physische und intellectuelle Fähigkeit zu einer so wichtigen Handlung, auf die allgemeinen Erfordernisse der rechtlichen Willenshandlungen, auf die Art der Willenserklärung und auf äußere Förmlichkeiten beziehen**). Es kommt daher zunächst hier in Betracht:

§. 143.

1. Testamentifactio activa oder Testirfähigkeit.

1) **Inwiefern bringen noch h. z. T. begangene Verbrechen und verhängte Strafen die Testirunfähigkeit mit sich?**
2) **Mit welchem Zeitpunkt tritt die Mündigkeit zum Testiren ein?**
3) **Kann der Unmündige durchaus nicht, oder kann er wenigstens zum Besten einer pia causa giltig testiren?**
4) **Inwiefern ist Taubstummen die rechtliche Fähigkeit zu testiren eingeräumt? desgleichen**

---

*) Ist die Beerbung durch Testamente und Erbverträge naturrechtlich? s. v. Batz Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts, Tübingen 1816., Beseler die Lehre v. d. Erbverträgen.

**) Beitrag zur Geschichte der römischen Testamente, s. v. Savigny Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. I. S. 78. — Ursprung der Vertragsform (aes et libra) bei den Testamenten der Römer, welche doch wahre Erbverträge verabscheueten; s. Hugo civil. Magazin Bd. V. S. 152. — Beiträge zur Geschichte der Freiheit zu testiren im Mittelalter, siehe v. Savigny a. a. O. Bd. II. S. 318., Bd. III. S. 309. — Klüpfel Abhandl. über einzelne Theile des bürgerl. Rechts S. 222., über ein Fragment des Paulus in rec. sentent. (L. 6. tit. 12. §. 2.)

5) Blinden?
6) Gilt das Testament einer im Zustand des Rausches oder des höchsten Zorns befindlichen Person? oder auch das schriftlich übergebene Testament
7) solcher, die nicht lesen und schreiben, oder wenigstens letzteres nicht können?
8) Inwiefern kann die Giltigkeit eines Testaments wegen Geistesverwirrung oder auch wegen behaupteten Blödsinns und Stumpfsinns des Testirers angefochten werden, und nach welchen Grundsätzen ist die Beweislast zu bemessen?
9) Können Testamente gerichtlich erklärter Verschwender durchaus auf Giltigkeit keinen Anspruch machen?
10) Inwieweit kann ein Haussohn giltig testiren?
11) Kann der überlebende Ehegatte, während er noch in communio prorogata mit den Kindern verbleibt, über den ihm bei einer künftigen Theilung zufallenden Antheil testamentarisch verfügen?

Zu 1) Die Lehrbücher weichen hierüber sehr von einander ab. Darüber ist wohl kein Zweifel mehr, daß die römischen Gesetze über Testirunfähigkeit der Ketzer und Apostaten und der zu einer Kapitalstrafe Verurtheilten nicht mehr anwendbar sind, noch aber herrscht Meinungsverschiedenheit über gleiche Unanwendbarkeit der römischen und canonischen Vorschriften in Ansehung anderer Verbrechen; z. B. der Verfertigung eines libellus famosus, d. i. einer Schmähschrift, die den Vorwurf eines als von dem Geschmäheten begangenen peinlich strafbaren Verbrechens enthält, l. 18. §. 1. D. 28. 1. — l. 5. §. 9. u. 10. D. 47. 10. — l. un. C. 9. 36. und des Zinswuchers c. 2. de usur. in VIto (5. 5.). Von den meisten Rechtsgelehrten wird die Unanwendbarkeit behauptet, s. vorzüglich Wächter im civilist. Archiv Bd. XVII. no. 14., Glück Thl. XXXIV. S. 148. und die vielen dort angeführten Schriftsteller; vergl. auch v. Buchholtz jurist. Abhandl. no. 5. In Ansehung der Pasquillanten ist abweichend v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 428., Martin Lehrb. d. Criminalr. §. 177., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 1. §. 13., Puchta Pand. §. 463. Anmerk. 1., Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 302., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 734. u. Arndts Pand. §. 484.; s. dagegen Wächter a. a. O. und die meisten neueren Criminalisten, z. B. Meister, Grolmann, Tittmann,

Roßhirt und Heffter. In Ansehung der Incestuosen scheint es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß, indem die Nov. 12, durch welche die frühere Bestimmung der const. 6. de incestis nuptiis aufgehoben ist, verordnet: der Verbrecher solle sogleich sein ganzes Vermögen an seine Descendenten und in deren Ermangelung an den Fiscus verlieren, zugleich aber des Landes verwiesen werden, die Testirfreiheit des Incestuosen über sein weiter erworbenes Vermögen nicht ausgeschlossen ist; s. v. Wächter a. a. O., v. Vangerow a. a. O., Glück Thl. XXXIV. S. 148. Hochverräther und ihre Söhne sollen nach l. 5. pr. §. 1. C. 9. 8. testirunfähig seyn. Allein die Letzteren werden in der citirten Stelle nur für erbunfähig, nicht für unfähig zum Testiren erklärt, und wenn sie von Manchen als stete Infame für intestabiles geachtet werden, s. Buchholz jur. Abh. S. 126., so steht entgegen, daß Infame als solche nicht testirunfähig sind, s. Heimbach a. a. O. S. 732.

Zu 2) Nach l. 5. D. 28. 1. braucht bei Frauenzimmern das 12te und bei Mannspersonen das 14te Lebensjahr nicht überschritten, sondern nur erfüllt zu seyn. Da nun bei der hier eintretenden Civil Zeitrechnung nicht auf Zeitmomente, sondern nur auf die Tage Rücksicht genommen wird, so braucht der letzte Tag dieses Jahres nur angefangen zu seyn. Es ist daher gegen die abweichenden Ansichten von Gmelin über Zeit und Zeitberechnung im kritischen Archiv d. neuesten juridischen Literatur rc. Bd. I. S. 607. und Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. §. 90. anzunehmen: post sextam horem noctis, oder wenn es in der Nacht vom 30. auf den 31. December 12 Uhr schlägt, hat der am 31. Januar Geborne sein 14tes Lebensjahr erfüllt; s. Fetzer Versuche zur Bildung des R. R. no. 22., Hugo civilist Magazin Bd. III. S. 1., Glück Thl. XXXIII. S. 409., Schweppe röm. Privatr. Th. V. §. 787. Das Testament des Unmündigen ist und bleibt ungiltig, wenn er auch erst nach erlangter Pubertät gestorben wäre, und das Testament vor seinem Ableben nochmals genehmigt hätte; §. 1. J. 2. 12. — l. 19. D. 28. 1. — l. 1. §. 8. D. 37. 11. Auch bei Spadonen und Kastraten wurde, sowie überhaupt bei männlichen Personen, ein Alter von 14 Jahren als Norm angenommen; l. 5. C. 6. 22. — l. 5. D. 28. 1. — Der Mündige kann auch ohne Curator testiren; l. 20. §. 1. D. 34. 3.

Zu 3) Eine solche Ausnahme wird wohl hier und da behauptet, s. Brunnemann Comment. in Cod. ad l. 4. qui testam. facere possunt (6. 22.), aber die dafür angeführte l. 1. C. de S. S. Eccles. (1. 2.) begründet sie durchaus nicht, denn sie handelt nur von der

passiven Testamentifaction (testabilitas passiva), welche zu Gunsten der piae causae erweitert wurde; s. Glück Thl. XXXIII. §. 1404 d. not. 90.

Zu 4) Nach l. 10. C. 6. 22. u. §. 3. J. 2. 12. war derjenige, welcher blos taub oder blos stumm, oder, wenn auch Beides zugleich, doch nicht so geboren war, von der Fähigkeit zu testiren durch das Vorhandenseyn dieses Zustandes zur Zeit der Testamentserrichtung l. 6. §. 1. D. 28. 1. nicht ausgeschlossen, sondern nur der Taub- und Stummgeborene. Daß aber auch dieser h. z. T. die sonst nur Jenem nach l. 7. D. 28. 1. möglich gewesene landesherrliche Dispensation praevia causae cognitione erlangen könne (da die zu Justinian's Zeiten nicht geglaubte Möglichkeit, den gebornen oder eigentlichen Taubstummen vernünftige Begriffe beizubringen, glücklich erreicht ist), liegt außer Zweifel; s. Arndts Pand. §. 484. Anm. 4. Indessen halten sich mehrere Rechtsgelehrte zufolge der großen Vollkommenheit, welche der Taubstummen-Unterricht in unserer Zeit gewonnen hat, zu der weiteren Behauptung berechtigt, weil die Notariats-Ordnung v. J. 1512 §. 4. sagt: „es gehört zu einem jeden Testament, daß der oder die, so Testament machen, mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können," so müsse das von einem Taubstummen schriftlich errichtete Testament, vorausgesetzt, daß er es eigenhändig niedergeschrieben hat, so gut als jedes andere auch ohne landesherrliche Dispensation gelten; s. Gensler im civilist. Archiv Bd. III. S. 345., Glück Thl. XXXIII. S. 371., Mackeldey Lehrb. Thl. II. §. 635., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 144., Stryck de caut. testam. Cap. IV. §. 28., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 722. [Preuß. Landr. I. Tit. 5. §. 171., Tit. 12. §. 26.] Zwar sind durch die Notariats-Ordnung diejenigen Gesetze nicht aufgehoben, welche in anderer Beziehung, nämlich in Ansehung der vorauszusetzenden vollkommenen Ausbildung des Verstandes eine absolute Gleichstellung der Taubstummen mit allen anderen Individuen nicht gestatten, daher das Bedürfniß landesherrlicher Dispensation von andern Rechtslehrern als fortbestehend angesehen wird; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 428. Anm. 1. Da aber Gesetze aus einer Zeit, wo man vom Taubstummenunterricht noch nichts wußte, h. z. T. nicht buchstäblich angewendet werden können, so möchte wohl ein die hinlängliche Begriffs- und Verstandesfähigkeit constatirendes Entlassungs-Zeugniß des Taubstummen-Instituts (vergl. Hoffbauer die Psychologie in ihrer Anwendung auf die Rechtspflege §. 172—185.

Masius Handb. der ger. Arzneiwissenschaft Bd. I. Abth. 2. §. 437., Schnitzer die Zurechnungsfähigkeit bei zweifelhaften Gemüthszuständen S. 340., Friedreich Handb. d. gerichtl. Psychologie S. 868 2c., Marc die Geisteskrankheiten in Beziehung auf Rechtspflege Bd. II. S. 532., Mannsfeld Andeutungen zu einer näheren Bestimmung des bürgerl. Standes der Taubstummen S. 17.), oder eine mit Zuziehung der der Zeichensprache und Ausdrucksweise der Taubstummen Kundigen vorausgegangene gerichtliche Untersuchung genügen, wie Puchta Pand. §. 463. annimmt. Mit Sicherheit läßt sich wenigstens so viel annehmen, daß der blos Stumme und der Taubstummgewordene der landesherrlichen Dispensation alsdann nicht bedürfe, wenn er schreiben kann; l. 10. C. 6. 22. Stotternde können übrigens giltig testiren, wenn sie nur verstanden werden können, und ebenso Schwerhörige; l. 15. C. 6. 23. — §. 3. J. 2. 12., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 640., Geiger u. Glück Rechtsfälle Bd. III. S. 182.

Zu 5) Die Vorschriften für die Testamentserrichtung eines Blinden, welcher begreiflicherweise nur mündlich dazu befähigt ist, sind sehr genau in l. 8. C. 6. 22. — §. 4. J. 2. 12. und insbesondere in der Notariatsordn. v. J. 1512. tit. I. §. 9. bestimmt. Ob diese Vorschriften gerade buchstäblich befolgt werden müßten, wird von Manchen bezweifelt; s. Stryck de cautel. test. Cap. IV. §. 5., Brunnemann Comm. ad l. 8. C. 6. 22. no. 14. u. 15., von Andern dagegen streng gefordert, s. Glück Thl. XXXIV. §. 1406 d., v. Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Römischen Kaiser von Theodos II. und Valentin III. bis auf Justinian S. 99., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 479., Marezoll in v. Löhr's Magazin Bd. IV. S 165. Demnach müssen die Zeugen nicht blos rogirt, sondern vor dem Beginn der Handlung von dem Zweck ihrer Zusammenberufung in Kenntniß gesetzt werden. Die Ersetzung des Notars durch einen achten Zeugen ist nicht willkürlich, sondern nur dann zulässig, wenn ein Notar nicht zu bekommen war; Glück a. a. O. Daß aber die Vernachlässigung der weiteren Vorschrift, nach welcher der Erbe nicht nur benannt, sondern auch nach Stand, Amt oder Profession beschrieben werden soll, das Testament des Blinden allemal ungiltig mache, wie Koehnen Diss. de forma testam. externa a coeco observanda pag. 38. behauptet, mithin auch dann, wenn in concreto durch die Unterlassung keine Ungewißheit darüber entsteht, wen der Testirer gemeint habe, wird von denjenigen bestritten, welche in der Gesetzesanwendung nicht den Grund

und Zweck des Gesetzes aus den Augen verlieren; s. Höpfner Institt. §. 469., Stryck de jure sensuum Diss. 2. c. 3. no. 23.

Daß das Testament eines Blinden, wenn es aus seinem Mund vom Notar in Gegenwart der Zeugen aufgenommen worden ist, auch am Ende noch vorgelesen werden müsse, nehmen zwar Mehrere an, s. Mackeldey Lehrb. §. 643., Nettelbladt D. de testamento nuncupativo in scripturam redacto §. 20., Wernher Comm. in Pand. P. II. tit. qui testam facere possunt §. 7.; die Notariatsordnung Tit. II. §. 9. u. l. 8. C. 6. 22. fordert dies aber nur dann, wenn der Testirer den Zeugen einen vorher schriftlich abgefaßten Aufsatz als seinen letzten Willen vorlegt; s. Höpfner Institt. §. 469., Walch Introd. in controv. jur. civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. § 23. Dagegen halten Andere dieses Erforderniß vermöge der allgemeinen Vorschrift der Notariatsordnung Tit. II. §. 5. für unerläßlich; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 834. Dasselbe gilt dann auch von dem testamentum judici oblatum, während da überhaupt von den bemerkten gesetzlichen Erfordernissen nur diejenigen hinwegfallen, welche die Zeugen betreffen; Glück Thl. XXXIV. S. 37. Das O.=A.=G. in Celle erkannte ein von einem Testator so schwachen Gesichts, daß er Geschriebenes nicht lesen konnte, dem Richter übergebenes schriftliches Testament für ungiltig, denn anders als durch Vorlesung und Anerkennung konnte nicht einmal der Testirer selbst und ebensowenig der Richter rechtliche Gewißheit darüber erlangen, daß die übergebene Schrift wirklich den letzten Willen des Exhibenten enthalte; s. jurist. Zeitung f. d. Königreich Hannover 1841. S. 85. Ob die Formvorschriften für Testamente der Blinden auch auf deren donationes mortis causa, und auf privilegirte Testamente der Eltern unter Kindern anzuwenden seyen? ist wohl nach Glück a. a. O. S. 44. gegen die dort angeführten Dissentienten zu bejahen.

Wegen der zur Errichtung eines Codicills des Blinden erforderlichen Zahl von Zeugen sind die Meinungen getheilt. Viele statuiren, daß, sowie bei Testamenten der achte, so bei Codicillen der sechste Zeuge in Ermangelung eines Notars beizuziehen sey; s. Walch l. c. pag. 320. (Ed. 3.), v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 486. (132.) Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1569. not. c., Westphal von Testamenten §. 43., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 26. Allein die Analogie kann nicht gelten, wo eine bestimmte Norm auch für Codicille gegeben ist, und die Zuziehung von 8 Zeugen ist in den Gesetzen ausdrücklich für Codicille ebenso wie für Testamente ausgesprochen. Die in diesem Fall gleichförmige Behand=

lung ist deutlich vorgeschrieben in l. 8. C. 6. 22. „quae in eandem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata vel fideicommissa et in summa quae codicillis habentur congrua duxerint ordinanda," und in der Notariatsordnung a. a. O. §. 11. „es ist auch nicht allein in einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten." Damit stimmt nach dem Zeugniß Berger's in Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. th. 10. pag. 384. (Ed. Haubold) die Praxis überein; s. auch Mackeldey Lehrb. §. 702. not. d., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 685. not. 6., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. II. S. 187., Thibaut System §. 783. not. f.

Zu 6) Höchst Betrunkene*) werden den Sinnlosen gleich geachtet; can. 7. causa XV. qu. 1. — can. 3. Dist. 35. cap. 14. X. de vita et honest. clericor. Es ist auch denjenigen schwerlich beizupflichten, welche, wie Hellfeld Jurispr. for. §. 1404., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 442. (42.) und Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 787. lehren, daß nachfolgende Genehmigung jedenfalls den Mangel ergänze. Es steht hier geradezu l. 201. D. 50. 17. entgegen: omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint, und so wenig nach §. 1. J. 2. 12. das Testament eines Rasenden dadurch giltig wird, daß er hinterher zu Verstande kommt, ebensowenig kann das Aufhören eines jenem gleich geachteten Seelenzustandes auf dasjenige zurückwirken, was während demselben geschehen ist; s. Braun Erörterungen zu Thibaut §. 797. — l. 2. D. 28. 1. Aus demselben Grund wird auch von Mehreren behauptet, daß ebensowenig das im Zustand des höchsten Zorns errichtete Testament durch nachher im ruhigen Zustand erfolgtes Beharren Kraft erlange, denn bei Testamenten müsse die Catonianische Regel streng beobachtet werden, quod ab initio non valet etc., und wenn l. 48. D. 50. 17. von Handlungen der Zornigen sage, daß sie durch Beharren nach wiedererlangter Gemüthsruhe Kraft erlangen, so sey dies nur auf Handlungen unter Lebenden zu beschrän-

*) Gewöhnlich werden drei Grade des Rausches angenommen; s. Heinroth Lehrb. d. Seelenstörungen Th. II. S. 272., Hoffbauer die Psychologie ꝛc. §. 190., Masius a. a. O. S. 636., Clarus Beitr. zur Erkenntniß und Beurtheilung zweifelhafter Seelenzustände S. 113., und dann ist für alle drei oft schnell und unmerkbar in einander fließende Grade ein psychisch unfreier Zustand anzunehmen; wenn Andere den ersten Grad ausnehmen, so rührt dies daher, daß sie vier Grade statuiren; v. Weber Handb. der psychischen Anthropologie §. 219. S. 451.

ken; s. Glück Thl. XXXIII. S. 360 2c., Stryck de cautel. testam. Cap. III. §. 32., Müller ad Leyser T. III. Fasc. II. Obs. 620., Valett Lehrb. d. Pandectenrechts Bd. III. §. 959. Allein hier tritt doch wohl ein anderer Gesichtspunkt ein. Man kann nämlich nur dem höchsten Zorn (denn auch am Zorn sind mehrere Grade zu unterscheiden, s. Hencke Lehrb. d. gerichtl. Medicin §. 274. und die zur Fr. 4. angeführten Schriftsteller) die Wirkung einer Geistesverwirrung zuschreiben. Ira furor brevis est; schon die zu einem Testament erforderlichen Vorbereitungen und die dasselbe begleitenden Solennien stimmen einen solchen Zustand so weit herab, daß nur Feindschaft übrig bleibt, welche keinen Grund zur Testamentsanfechtung abgibt. Man kann auch nicht immer so schließen: was im Zorn geschieht, ist blos aus Zorn geschehen, vielmehr geht das Gegentheil aus fortwährendem Beharren auf dem gefaßten Entschluß hervor; quicquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, *judicium animi fuisse*. l. 48. D. 50. 17. Im Zweifel wird daher immer das Testament aufrecht erhalten werden müssen; s. Thibaut System §. 948. (Ed. 8.), Walch Introd. in controv. jur. civ. pag 183, (Ed. 3.) v. Wening-Ingenheim a. a. O., Schweppe a. a. O., Leyser Vol. V. Sp. 352. Med. 3. und 4., v. Berg jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Thl. I. un. 9., Zimmern Grundriß d. Erbr. Anh. I. S. 54., Westphal Grunds. von rechtl. Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen Kap. I. §. 6. u. 43.

Zu 7) Wenn Jemand, der nicht lesen und schreiben kann*), ein geschriebenes Testament übergibt, so scheint dessen Vorlesen coram Actuario ebenso unerläßliche Bedingung der Annahme und Giltigkeit, wie bei dem Testament eines Blinden, da es einerlei ist, ob man etwas Geschriebenes nicht sehen oder nicht lesen kann, daher auch l. 21. pr. l. 28. §. 1. C. 6. 23. hier ebenso die Beiziehung eines achten Zeugen bei der außergerichtlichen Errichtung erfordert. Dieser Meinung ist Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 315. (Ed. 3.)

---

*) Die Frage: ob Jemandem, der durch Anfälle vom Schlag außer Stand gesetzt war, articulirt zu reden, und wegen Lähmung der Hand auch nicht schreiben konnte, vom Landesherrn die facultas testandi concedirt werden könne? wird, vorausgesetzt commissioneller Untersuchung darüber, ob Gewißheit obwalte, daß derselbe Sinn und Inhalt des von ihm untersiegelten sofort vorzulesenden Testaments genau fasse und billige, nach Analogie der Rechtsbestimmungen über Testamente der Taubstummen bejaht in Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 159.

nebst den von ihm angeführten Schriftstellern: Brunnemann, Stryck, Bultejus, J. H. Böhmer, Wernher, und derselben ist auch der früher anderer Ansicht gefolgte Carpzov Resp. P. XI. Dec. 149., Müller Obs. ad Leyser T. VI. F. 2. pag. 79., Klein in den Annalen Bd. V. no. 4. S. 183., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. no. 421. S. 224 ꝛc. beigetreten. Die meisten Neueren sind aber der Meinung, daß die singuläre Vorschrift hinsichtlich der Testamente der Blinden nicht über den Fall des Gesetzes auszudehnen sey, vielmehr jedem Andern, welcher dem Richter ein Testament mit der Versicherung, daß es sein letzter Wille sey, übergibt, geglaubt werden müsse, da jeder Andere, der nicht so ganz hilflos ist, wie der Blinde, sich selbst gegen Betrug schützen könne. Umfänglich begründet diese Ansicht Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. III. S. 76. und Thibaut, welcher früher selbst entgegengesetzter Meinung war, im civilist. Archiv Bd. VI. S. 226., s. auch Leyser Vol. V. Sp. 353. Med. 4., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1265., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. II. §. 447., A. D. Weber Erläuter. d. Pand. Th. II. §. 1406., Glück Thl. XXXIV. S. 47. u. O.=A.=G. zu Jena, s. Seuffert's Archiv VIII. No. 273. Nach v. Hartitzsch Entscheidungen no. 404. ist immer der Beweis nothwendig, daß der Testirer sich die Ueberzeugung von der Identität des Geschriebenen mit seiner wahren Willensmeinung verschafft habe; vergl. Kori Erörter. prakt. Rechtsfragen Th. II. no. 26.

Zu 8) Als particularrechtlich verdient der Grundsatz Beachtung, daß ein Testament aus dem Grund des Wahnsinns nach dem Tode des Testirers gar nicht angefochten werden könne, wenn nicht vor seinem Tod eine Klage auf Interdiction eingeführt war; s. Lassaulx Journal für Gesetzkunde und Rechtsgelehrsamkeit Jahrg. II. Bd. III. S. 158., vergl. Laukhardt Rechtsfälle und Entscheidungen d. Französischen und Belgischen Gerichtshöfe no. 1. Gemeinrechtlich wird zwar die Verstandesfähigkeit immer rechtlich vermuthet, daher des Menschen letzter Wille gilt, wenn er ihn auf dem Sterbebett auch nur mit stammelnder Stimme noch, aber doch auf eine verständliche Art aussprechen kann, l. 15. C. 6. 23., Geiger und Glück Rechtsfälle Bd. III. S. 182., Glück Thl. XXXIII. S. 360., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 159. Der Beweis des Gegentheils ist indessen nicht ausgeschlossen, er muß aber auf die Zeit der Testamentserrichtung nach l. 2. D. 28. 1. dirigirt, und auf solche Thatsachen articulirt seyn, aus welchen die Geisteszerrüttung hervorgeht. Ständen Behauptungen derselben mit dem Inhalt eines öffent-

lichen Testaments in Widerspruch, so müßte wohl ein untergelaufenes Falsum bewiesen werden; s. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Preußischen Rheinprovinzen Bd. IX. Abth. 1. S. 82., Bd. XV. Abth. 1. S. 207. Wenn aber auch eine Verrücktheit des Testators durch Zeugen bewiesen würde, oder selbst eine Wahnsinnigkeitserklärung noch bei dessen Lebzeiten eingetreten seyn sollte, so wird damit doch nicht in allen Fällen die Ungiltigkeit des Testaments schon als entschieden betrachtet werden können. Es gibt nämlich auch einen partiellen auf eine fixe Idee beschränkten Wahnsinn, mit welchem in allen übrigen Punkten eine ungestörte Verstandeskraft und selbst Schärfe des Verstandes wohl bestehen kann; s. Henke Lehrb. d. gerichtl. Medicin §. 253—265., desgleichen einen nicht anhaltenden, sondern aussetzenden Wahnsinn, welcher in lichten Zwischenräumen die Testirfähigkeit nicht hindert; l. 9. C. 6. 22. — §. 1. in f. J. 2. 12. Im ersten Fall wird das Testament nur dann auf Giltigkeit Anspruch machen können, wenn das Gericht dasselbe nicht anders als mit Beihilfe gerichtsärztlicher Untersuchung und nach vollständiger richterlicher Ueberzeugung von der hinlänglichen Verstandeskraft und ungestörtem Gemüth des Testirenden aufnimmt; im zweiten Fall liegt demjenigen, der dessen Giltigkeit behauptet, der Beweis ob, daß es in einem lichten Zwischenraum errichtet worden sey; s. Glück a. a. O., Leyser Vol. V. Sp. 347. Med. 3—5., v. Berg jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Th. III. S. 243. — Stumpfsinn (mentis imbecillitas und Blödsinn (amentia, fatuitas) werden zwar dem Wahnsinn gleich geachtet, l. 2. D. 3. 1. — bei dem dem Afferenten obliegenden Beweis wird aber, da ein solcher Zustand nicht mit Einfalt und Dummheit (stupiditas, simplicitas) verwechselt werden darf, viel auf ärztliche und richterliche Beurtheilung ankommen; s. Glück a. a. O., Henke a. a. O. §. 247. Wenn die bei Lebzeiten nicht für blödsinnig erklärte und nicht unter Curatel gesetzte Person bereits gestorben ist, so muß der Beweis des Blödsinns durch deren Aerzte geführt werden, wenn sie deren gehabt hat, und außerdem würde, wenn auch durch Zeugen solche Thatsachen dargethan würden, welche den Schluß auf Blödsinn begründen, immer noch ein ärztliches Gutachten zu erheben seyn; s. v. Bülow u. Hagemann's pr. Erörter. Bd. V. S. 41. Ueber eine zuweilen in Wahnsinn übergehende Melancholie s. Metzgers gerichtl. Arzneiwissenschaft §. 411., Stryck D. de dementia et melancholia.

Zu 9) Darüber ist kein Zweifel, daß das vor der interdictio bonorum errichtete Testament giltig bleibt; §. 2. J. 2. 12. — l. 18.

pr. D. 28. 1. — Rationell möchte man dieser auch überhaupt keine ihrem Grund und Zweck völlig fremdscheinende Wirkung auf letztwillige Verfügungen zugestehen, vielmehr, wie die Nov. Leonis XXXIX. es wollte, die Gleichstellung des prodigus mit dem furiosus nicht noch überschreiten, sondern, so wie diesem in lichten Zwischenräumen, so jenem, wenn sein letzter Wille vernünftig und gut, seinen Verwandten nicht ungünstig und sich nicht einer verschwenderischen Sinnesart entsprungen zeigt, Anerkennung gewähren, wofür auch die Praxis von älteren Rechtsgelehrten, wie Carpzov, v. Sande und Johann Philippi, behauptet wird.*) Allein da die nicht glossirten Novellae Leonis in Deutschland nicht recipirt sind, so konnte diese Ansicht nicht Wurzel fassen, und behielt nur wenige Vertheidiger; s. Hoppe von juridischen Verschwendern §. 12—14. und Mannert Diss. de testam. prodigi §. 11. Vergebens suchte Letzterer durch Berufung auf die Reichshofrathsordnung Ferdinands III. das Ansehen der Nov. Leonis zu retten, indem jene das ganze Corpus juris civilis mit allen seinen Anhängen für giltig erklärte, während die damals gangbaren Gothofredischen Ausgaben die Novellen des Kaisers Leo wirklich enthalten hatten; s. dagegen Glück Thl. XXXIII. §. 1404 c. Der pönalartige Charakter der Interdiction, welcher dem Verschwender das jus commercii im weitesten Sinn benahm,**) cf. Ulp. Fragm. tit. 20. §. 13., blieb überwiegend, und wenn auch Paulus Sent. rec. Lib. III. tit. 4. §. 12. sagte: prodigus recepta vitae sanitate ad bonos mores reversus et testamentum facere et ad testamenti solennia adhiberi potest, so konnte dies doch nicht helfen, so lange die Interdiction nicht vom Richter wieder aufgehoben war. Auch das germanische Recht stimmte damit überein; s. Walch Comment. de test. prodigi jure Germanico invalido. Jenae 1754., Eisenhart D. de jure testandi prodigo non competente Helmst. 1749., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. II. no. 5. Dies ist nun auch allgemein angenommen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. S. 170., Thibaut System §. 948., Puchta Pand. §. 463., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 428., Glück

---

*) Von der testamentifactio der Verschwender nach Römischem und Preußischem Recht s. vorzüglich Gans Beitr. zur Revision der Preußischen Gesetzgebung Bd. I. S. 147. Nach letzterer ist der progidus nur insoweit beschränkt, daß er zum Nachtheil seiner Frau und seiner Verwandten innerhalb des sechsten Grades nicht über die Hälfte seines Vermögens hinaus verfügen darf. — Gewiß ein sehr mangelhafter Versuch, eine allgemeine materielle oder inhaltliche Schranke zu setzen.

**) Ob die Verbindung der härtesten Folgen mit einer Prodigalitätserklärung der legislativen Klugheit angemessen sey, ist eine weitere Frage.

a. a. O. und die von ihm angeführten Autoren. Daß übrigens die nach den Gesetzen des Wohnorts erkannte Prodigalitätserklärung auch in Ansehung der im Ausland eingegangenen Rechtsgeschäfte zu beachten sey, ist zwar streitig, jedoch nach allgemeinen Grundsätzen wohl zu bejahen; Hommel Rhaps. Obs. 409., Glück Thl. I. §. 74. S. 398., Kritz Samml. v. Rechtsfällen Th. I. S. 123., Schwarze und Heyne Untersuchungen prakt. wichtiger Materien 2c. S. 331., vergl. oben Bd. I. §. 6. S. 71. u. §. 26. zu Fr. 27b.

Zu 10) Grundsatz ist: daß Hauskinder über das peculium castrense und quasi castrense ganz frei, über das peculium adventitium — wenn sie gleich unter Lebenden davon verschenken können (s. Nov. 117. c. 1., Köchy Meditt. Bd. I. S. 22.) — doch nicht mortis causa verfügen, und über das pecul. profectitium nur mit Einwilligung des Vaters eine mortis causa donatio vornehmen können.*) Die bündigste Erörterung hierüber s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 428. no. 2. — Die sonst von mehreren Rechtsgelehrten statuirten Ausnahmen in Betreff des pecul. advent. irregularis, und einer mit väterlicher Zustimmung getroffenen testamentarischen Disposition zu frommen Zwecken, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 488. (129.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 787., J. H. Boehmer J. E. Pr. T. II. Lib. III. tit. 25. §. 25., Schmalz Handb. des canon. Rechts §. 352., G. L. Boehmer Princ. jur. can. §. 615., Arndts Pand. §. 484., sind nun wohl für ungegründet erkannt; s. Marezoll in Linde's Zeitschrift Bd. VIII. S. 431., Kleinschrod de jure filiifamilias disponendi de peculiis §. 20., Glück Thl. XXXIV. S. 126. 2c., Höpfner Institt. §. 466., Cocceji J. C. Lib. 28. tit. 1. qu. 5., Hunger röm. Erbrecht S. 42., Thibaut System §. 844. und 948. (Ed. 8.), v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 428. no. 2. Dem steht nicht entgegen, daß ja der Haussohn mit Zustimmung des Vaters eine mortis causa donatio nach l. 7. §. 4. D. 39. 5. — l. 25. §. 1. D. 39. 6. giltig errichten kann, denn diese Gesetze sprechen nur vom pec. profectitium, können daher auf pec. adventitium unmöglich angewendet werden, wie gleichwohl noch von Manchen geschieht; s. Eichhorn Kirchenr. Bd. II. S. 767., Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. II. §. 483., Schulte in Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 216.

*) Besondere Landesrechte, z. B. das Preußische, das Würtembergische, die Fränkische Landesger.-Ordn., die Nürnberger und Frankfurter Reformation 2c., räumen auch Haussöhnen, wenn sie das gesetzmäßige Alter haben, facultatem testandi über ihr eigenthümliches auch adventizisches Vermögen salvo usufructu paterno, ohne besondern väterlichen Consens ein.

Nur in Beziehung auf pec. profect. darf wohl auch das c. 4. de sepult. in VIto (3. 12.) verstanden werden, welches dem Hauskind mit Einwilligung des Vaters ad pias causas pro anima sua judicare gestattet; Puchta Pand. §. 463. no. 5., Glück Thl. XXXIV. S. 140., v. Vangerow a. a. O., vergl. auch Fritz im civilist. Archiv Bd. VI. S. 203. Eine Testirbefugniß des Hauskindes wird man aus der angeführten Stelle des canonischen Rechts schon deshalb nicht begründen können, weil eine solche das Römische Recht in seinen Grundprincipien abändernde Bestimmung, auf welche die Absicht nicht einmal muthmaßlich gerichtet seyn konnte, deswegen nicht berücksichtiget werden könnte, weil die Notariatsordnung Maximilians I. oder der Cölner Reichsabschied v. J. 1512. Tit. v. Testamenten, ausdrücklich verordnet, daß in der Lehre von Testamenten die Grundsätze des röm. Rechts in Deutschlands Gerichten angewendet werden sollen. Gleichwohl gibt dem canonischen Recht den Vorzug Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 727. u. 883. Eine giltige Ausnahme findet jedoch bei Haussöhnen geistlichen Standes statt, s. l. 34. C. 1. 3. Nov. 123. c. 19., Glück a. a. O. S. 138. und indirect geht aus anderen Grundsätzen die Folge hervor, daß der Testamentserbe eines Haussohns, welcher nur über sein peculium castrense testirte, wenn er in der Folge als homo sui juris stirbt, nun doch auch dessen nicht castrensisches Vermögen erhält, über welches er nicht testirt hat und nicht disponiren konnte; l. 12. und 13. §. 1. D. 29. 1., v. Löhr im civilist. Archiv VII. no. 15. §. 1., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 442. (42.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 787. not. 9. pag. 43.

Zu 11) Diese Frage müßte man wohl mit Hasse eheliche Gütergemeinschaft §. 38. rc. verneinen, wenn man das Grundprincip derselben, daß das Vermögen als ein Ganzes sich im Gesammteigenthum beider Ehegatten als einer moralischen Person befinde, bis zu der Consequenz treiben wollte, daß die Disposition jedes einzelnen Ehegatten als eine dispositio de re aliena nicht stattfinden könne; allein wenn auch kein einzelner Ehegatte sich privative Rechte an irgend einem Gegenstand während der Dauer der allgemeinen Gütergemeinschaft beilegen kann, und es immerhin ungewiß bleibt, ob jemals irgend ein Theil des gemeinschaftlichen Vermögens in das privative Eigenthum des Einzelnen übergehen werde, so muß doch jedem Ehegatten auch schon während der Gemeinschaft ein unbezweifeltes und wohlerworbenes, wenn gleich in der gänzlichen Verschmelzung des Individuellen zum Gemeinschaftlichen seinem Object nach

unbestimmtes, Recht zugeschrieben werden, rücksichtlich dessen er von der testamentifactio nicht ausgeschlossen werden kann. Wollte man aber auch annehmen, daß einseitig kein Ehegatte über das gemeinschaftliche Vermögen während der Ehe, wäre es auch nur auf den Todesfall, disponiren könne, so ließe sich dies nur so erklären, daß, wenn keine Kinder vorhanden sind, dem anderen Ehegatten ein schon begründetes Consolidationsrecht zusteht,*) wenn aber Kinder da sind, diese unmittelbar an die Stelle des Verstorbenen in die Gemeinschaft treten. Folgt aber daraus für die communio prorogata, daß die Rechte des überlebenden Ehegatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen mit dessen eigenem Leben erlöschen, und daß den in der Gemeinschaft gebliebenen Kindern schon vermöge dieser Gemeinschaft ein jus quaesitum auf Beibehaltung des ganzen Vermögens zustehe, so daß der Ueberlebende Todes halber über nichts verfügen könnte? Gewiß nicht; mit dem Tod eines Ehegatten endigt sich die eheliche Gütergemeinschaft in ihrem ursprünglichen Sinn, es entstehen nun ideelle Theile für den Ueberlebenden und die Kinder. Die Ansprüche der Letzteren beruhen auf einem wahren Erbrecht oder wenigstens Successionsrecht, nur der überlebende Ehegatte besitzt jure communionis und es bildet sich für beide Theile blos ein gewöhnliches Societätsverhältniß; s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 91., vergl. Mittermaier in d. Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. II. S. 318., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 307.**) — Die deutschen Statute erkennen auch in der Regel das Recht eines Ehegatten, ein Testament zu errichten, ausdrücklich an.

§. 144.

2. Erfordernisse der Willensbestimmung.

A. Vom Zwang.

1) Was ist die rechtliche Folge, wenn der Testator zur Errichtung eines letzten Willens gezwungen wurde; oder

*) Dieses Consolidationsrecht äußert sich da, wo das Statut bei unbeerbter Ehe dem überlebenden Ehegatten das ganze Vermögen zuspricht, in der rechtlichen Wirkung, daß demselben durch eine letztwillige Verfügung des Andern nichts entzogen werden kann.

**) Andere Beschränkungen der Testirfreiheit bietet das römische Recht in der lex Voconia, s. Neustetel u. Zimmern römisch-rechtl. Untersuchungen Bd. I. S. 311., Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 183. und das neuere Recht einzelner deutscher Länder in der quarta pauperum et scholarum dar.

Nur in Beziehung auf pec. profect. darf wohl auch das c. 4. de sepult. in VIto (3. 12.) verstanden werden, welches dem Hauskind mit Einwilligung des Vaters ad pias causas pro anima sua judicare gestattet; Puchta Pand. §. 463. no. 5., Glück Thl. XXXIV. S. 140., v. Vangerow a. a. O., vergl. auch Fritz im civilist. Archiv Bd. VI. S. 203. Eine Testirbefugniß des Hauskindes wird man aus der angeführten Stelle des canonischen Rechts schon deshalb nicht begründen können, weil eine solche das Römische Recht in seinen Grundprincipien abändernde Bestimmung, auf welche die Absicht nicht einmal muthmaßlich gerichtet seyn konnte, deswegen nicht berücksichtiget werden könnte, weil die Notariatsordnung Maximilians I. oder der Cölner Reichsabschied v. J. 1512. Tit. v. Testamenten, ausdrücklich verordnet, daß in der Lehre von Testamenten die Grundsätze des röm. Rechts in Deutschlands Gerichten angewendet werden sollen. Gleichwohl gibt dem canonischen Recht den Vorzug Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 727. u. 883. Eine giltige Ausnahme findet jedoch bei Haussöhnen geistlichen Standes statt, s. l. 34. C. 1. 3. Nov. 123. c. 19., Glück a. a. O. S. 138. und indirect geht aus anderen Grundsätzen die Folge hervor, daß der Testamentserbe eines Haussohns, welcher nur über sein peculium castrense testirte, wenn er in der Folge als homo sui juris stirbt, nun doch auch dessen nicht castrensisches Vermögen erhält, über welches er nicht testirt hat und nicht disponiren konnte; l. 12. und 13. §. 1. D. 29. 1., v. Löhr im civilist. Archiv VII. no. 15. §. 1., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 442. (42.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 787. not. 9. pag. 43.

Zu 11) Diese Frage müßte man wohl mit Hasse eheliche Gütergemeinschaft §. 38. rc. verneinen, wenn man das Grundprincip derselben, daß das Vermögen als ein Ganzes sich im Gesammteigenthum beider Ehegatten als einer moralischen Person befinde, bis zu der Consequenz treiben wollte, daß die Disposition jedes einzelnen Ehegatten als eine dispositio de re aliena nicht stattfinden könne; allein wenn auch kein einzelner Ehegatte sich privative Rechte an irgend einem Gegenstand während der Dauer der allgemeinen Gütergemeinschaft beilegen kann, und es immerhin ungewiß bleibt, ob jemals irgend ein Theil des gemeinschaftlichen Vermögens in das privative Eigenthum des Einzelnen übergehen werde, so muß doch jedem Ehegatten auch schon während der Gemeinschaft ein unbezweifeltes und wohlerworbenes, wenn gleich in der gänzlichen Verschmelzung des Individuellen zum Gemeinschaftlichen seinem Object nach

unbestimmtes, Recht zugeschrieben werden, rücksichtlich dessen er von der testamentifactio nicht ausgeschlossen werden kann. Wollte man aber auch annehmen, daß einseitig kein Ehegatte über das gemeinschaftliche Vermögen während der Ehe, wäre es auch nur auf den Todesfall, disponiren könne, so ließe sich dies nur so erklären, daß, wenn keine Kinder vorhanden sind, dem anderen Ehegatten ein schon begründetes Consolidationsrecht zusteht,*) wenn aber Kinder da sind, diese unmittelbar an die Stelle des Verstorbenen in die Gemeinschaft treten. Folgt aber daraus für die communio prorogata, daß die Rechte des überlebenden Ehegatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen mit dessen eigenem Leben erlöschen, und daß den in der Gemeinschaft gebliebenen Kindern schon vermöge dieser Gemeinschaft ein jus quaesitum auf Beibehaltung des ganzen Vermögens zustehe, so daß der Ueberlebende Todes halber über nichts verfügen könnte? Gewiß nicht; mit dem Tod eines Ehegatten endigt sich die eheliche Gütergemeinschaft in ihrem ursprünglichen Sinn, es entstehen nun ideelle Theile für den Ueberlebenden und die Kinder. Die Ansprüche der Letzteren beruhen auf einem wahren Erbrecht oder wenigstens Successionsrecht, nur der überlebende Ehegatte besitzt jure communionis und es bildet sich für beide Theile blos ein gewöhnliches Societätsverhältniß; s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 91., vergl. Mittermaier in d. Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. II. S. 318., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 307.**) — Die deutschen Statute erkennen auch in der Regel das Recht eines Ehegatten, ein Testament zu errichten, ausdrücklich an.

§. 144.

2. Erfordernisse der Willensbestimmung.

A. Vom Zwang.

1) Was ist die rechtliche Folge, wenn der Testator zur Errichtung eines letzten Willens gezwungen wurde; oder

*) Dieses Consolidationsrecht äußert sich da, wo das Statut bei unbeerbter Ehe dem überlebenden Ehegatten das ganze Vermögen zuspricht, in der rechtlichen Wirkung, daß demselben durch eine letztwillige Verfügung des Andern nichts entzogen werden kann.

**) Andere Beschränkungen der Testirfreiheit bietet das römische Recht in der lex Voconia, s. Neustetel u. Zimmern römisch-rechtl. Untersuchungen Bd. I. S. 311., Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 183. und das neuere Recht einzelner deutscher Länder in der quarta pauperum et scholarum dar.

2) wenn er durch Zwang abgehalten wurde, sein Testament zu machen; oder
3) durch Zwang verhindert wurde, das gemachte Testament abzuändern?
4) Ist ungestümes Zudringen und unablässige Persuasion dem Zwang gleich zu achten?
5) Kann derjenige, welcher das Testament aus dem Grund des Zwanges oder gefährlicher Ueberredung anfechten will, sich zum Beweis der Eideszuschiebung bedienen?

Zu 1) Ob Zwang zum Testiren, gleichviel ob dieselbe im Act selbst ausgeübt, oder demselben vorangegangen ist,*) Nichtigkeit des Testaments oder nur Rescissibilität und einen Indignitätsfall begründe, darüber sind die Meinungen getheilt. Die Anhänger der ersteren kommen zu dem einfach natürlichen Resultat, daß die gesetzlichen Erben an die Stelle des Zwingenden treten, diejenigen, welche die letztere Ansicht verfolgen, halten sich zu der Folgerung berechtigt und bemüssigt, daß die Portion des Zwingenden dem Fiscus heimfalle. Die letztere Meinung vertheidigt vorzüglich vermöge l. 2. §. 2. D. 29. 6. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 431. not. 2., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 337., Voet Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 6. §. 1., Seuffert Pand. §. 534.; s. dagegen Arndts Pand. §. 491. Anm. 2. Eine mittlere Meinung aber geht dahin, daß aus dem allerdings nicht zu leugnenden Vorhandenseyn eines Indignitätsfalles noch nicht absolut das Eintreten des Fiscus folge, s. l. un. §. 12. C. 6. 51. Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum, sive *in alias personas* perveniant. Diese aliae personae wären dann eben diejenigen, welche das Gesetz zu Erben berufen hätte, wenn der Erblasser nicht zu einem Testament gezwungen worden wäre; s. Glück Thl. XXXIII. S. 426. ꝛc. Dieser Ansicht scheint auch Puchta Pand. 472. Not. c. beigezählt werden zu dürfen. Für das Recht der Intestaterben und gegen die auffallende Unbilligkeit, daß diese ganz unschuldig durch die dolose Handlung eines Dritten um ihr gesetzliches Erbrecht gebracht werden sollten, erklären sich auch die meisten Rechtsgelehrten: s. Schweppe röm. Privatr. Thl. V.

---

*) Dieser von A. Faber de error. Pragm. Dec. 38. Err. 3—5. aufgestellte Unterschied hat nirgends Eingang gefunden.

§. 789. not. 2. (welchen Glück a. a. O. not. 51. ganz irrig für die entgegengesetzte Meinung citirt), Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. Med. 459.*), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 454. (64.), Thibaut System §. 949., Mackeldey Lehrb. §. 167., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1617. Dieser Meinung zufolge muß man auch in dem Fall, wenn von mehreren Intestaterben Einer oder Einige den Erblasser durch List oder Zwang vermocht hätten, ihm oder sie allein einzusetzen, das Accrescenzrecht zu Gunsten der Uebrigen statuiren, s. Glück a. a. O. S. 432. und die von ihm angeführten Schriftsteller, obwohl in diesem Fall auch Hofacker l. c. und Andere die Intestatportion des Zwingenden dem fiscus heimfällig erachten, s. die bei Glück a. a. O. not. 61. citirten Rechtslehrer.

Zu 2) Diesen Fall entscheidet l. 1. pr. D. 29. 6. unzweifelhaft dahin, daß die Erbschaft dem Unwürdigen, welcher solchen Zwang ausgeübt hat, vom fiscus entrissen werde, wovon auch nach l. 19. D. 34. 9. die Folge ist, daß die an Dritte ausgesetzten Vermächtnisse nicht prästirt werden. Dieser Fall, von welchem auch l. 2. C. 6. 34. handelt, ist aber auch wesentlich von dem zu 1. bemerkten Fall verschieden, denn hier kann man nicht wissen, wen der Verstorbene zum Erben eingesetzt haben würde, wenn nicht eine gewaltsame Verhinderung eingetreten wäre, dagegen man in dem zu 1. bemerkten Fall wohl weiß, wer zur Erbschaft berechtigt gewesen wäre, wenn der Erblasser nicht gezwungen worden wäre, eine bestimmte Person einzusetzen. Es wird daher wohl mit Recht dagegen geeifert, beide Fälle blos deswegen ganz gleich zu behandeln, weil der betreffende Pandectentitel lautet: si quis aliquem testari prohibuerit vel coëgerit.

Zu 3) Dieser Fall ist von dem zu 2. aufgeführten nicht wesentlich verschieden, daher auch die rechtliche Folge dieselbe. Dem fiscus fällt demnach, je nachdem der Zwang von sämmtlichen berufenen Erben ausgeübt worden ist, entweder die ganze Erbschaft oder die Portion des Zwingenden heim, dagegen im letzteren Fall die Portionen der übrigen und wohl consequent auch die auf diesen lastenden Legate ungeschmälert bleiben; l. 1. §. 2. l. 2. §. 1. D. 29. 6., v. Vangerow a. a. O. §. 431. not. 1.

Zu 4) Diese Frage wird wohl nur dann aufgeworfen werden

*) Dort wird indessen nur der specielle Fall, wenn ein Intestaterbe den Erblasser zur Errichtung eines Testaments gezwungen hat, und zwar dahin, daß derselbe dadurch seines Erbtheils nicht verlustig werden dürfe, entschieden, auch dafür ein Decisum der K. Preuß. Gesetz-Commission angeführt; s. Klein Annalen der Gesetzgebung Bd. V. no. 7. S. 196.

können, wenn der Testirer nicht nachher noch Zeit und Ruhe genug hatte, sein ihm gleichsam abgedrungenes Testament wieder zu ändern. Aber auch wenn dies nicht der Fall war, läßt sich wenigstens nicht aus Gesetzen nachweisen, daß ungestümes Zudringen und Persuadiren dem Zwang gleich gestellt sey, wie gleichwohl die gemeine Meinung bei kranken und reizbaren Personen annimmt, s. Glück Thl. XXXIII. S. 433. und die in not. 64. angeführten Autoren, welchen noch beigezählt werden kann Thibaut System §. 949. (Ed. 8.), Leyser Sp. 375. Med. 8., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1618.; s. dagegen v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. S. 68., Weber in not. 1. zu §. 442. des Höpfnerischen Institt. Comm. Immerhin wird ein zu sicherer Ueberzeugung des Richters führender Beweis sehr schwierig seyn, wenn man mit Hommel Rhaps. Vol. III. Obs. 428. die Meinung Leyser's in Coroll. ad Sp. 375. Med. 36. und seines Gewährsmannes Carpzov P. III. C. 5. def. 12. quod confessio et querela testatoris privatim erga amicos prolata coactam testandi voluntatem satis probet, beizupflichten Bedenken trägt; vergl. auch l. 3. D. 29. 6. — l. 3. C. 6. 34.

Zu 5) Bei der Schwierigkeit eines wenigstens zum Reinigungseid führenden Beweises wird diese Frage häufig vorkommen. Die Zulässigkeit der Eideszuschiebung ist sowohl für diese Einrede, als für jene des Zwangs, früherer Dissentienten ungeachtet, nun wohl allgemein angenommen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. no. 295., Kapff merkw. Rechtssprüche Bd. I. S. 108., wenn auch gleich im Testament vom Erblasser gesagt ist, daß dies Alles sein freier und ungezwungener Wille sey, denn auch diese Clausel kann ja erzwungen seyn. Bestritten ist aber, ob der Eid nur über die allgemeine Behauptung des Zwanges oder der gefährlichen Persuasion zugeschoben zu werden brauche, oder ob derselbe auf specielle Thatsachen solcher Art gerichtet werden müsse? Letzteres nimmt an Leyser Sp. 375. Med. 36., Hellfeld Jurispr. for. §. 1405., v. Batz Abhandl. über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts no. 13. Dagegen die Zulassung der Eideszuschiebung in genereller Form vertheidigt Kapff a. a. O. no. 16. mit Beziehung auf die Tübinger Facultäts-Consilien bei Schweder T. I. Cons. 100. Die Decisiones Cassellanae Vol. I. Dec. 132. und Vol. II. Dec. 173. folgen Einmal den Leyserischen Grundsätzen, das andere Mal lassen sie den ganz in terminis generalioribus zugeschobenen Eid zu. Der vorzüglichste Grund, um von der Regel bestimmter Direction des Eids auf factische Momente hier einigermaßen nachzulassen, liegt darin, daß den

geheimen Künsten der Erbschleicherei, welche ihr Spiel nicht offen treibt, außerdem wohl nicht beizukommen wäre, und der Delat sich nicht beschweren kann, indem er selbst zum Richter in seiner Sache gemacht wird. Auch spricht dafür die Analogie der Eidesdelation über ein Oralfideicommiß nach l. ult. C. 6. 42., wobei der Deferent unverhindert ist, wenn er gleich nicht im Stande ist, zu bestimmen, was oder wie viel, wo, zu welcher Zeit und unter welchen Umständen der Erblasser seinem Erben zu Gunsten des Dritten etwas anbefohlen hat.

---

§. 145.

B. Irrthum.

Je nach den verschiedenen Gestaltungen des Irrthums fragt sich, inwiefern eine letztwillige Verordnung aus diesem Grund mit Wirksamkeit angefochten werden könne,

1) wenn die Erbeinsetzung oder sonstige Honorirung einer bestimmten Person von gewissen Vorstellungen und Beweggründen des Testators begleitet ist, welchen die Wirklichkeit entgegen ist?

2) wenn der Testator eine bestimmte Person namentlich honorirt, ihr aber irrig eine Eigenschaft beilegt, welche sie nicht hat? — Gemeiniglich wird damit auch die zuerst bemerkte Art des Irrthums zusammentreffen; z. B. der Testator sagte: C., welcher mir das Leben gerettet hat, soll mein Erbe seyn, C. aber war derjenige wirklich nicht, welcher ihm das Leben gerettet hatte. Oder

3) der Testator verwechselt die Personen, was man error in corpore zu nennen pflegt; oder

4) er gibt dem Honorirten einen falschen Beinamen, oder eine andere irrige Bezeichnung; oder

5) er irrte im Object, indem er eine fremde Sache, in der irrigen Meinung, sie sey sein Eigenthum, Jemandem vermacht; oder

6) es schleicht sich im Niederschreiben des Testaments ein Irrthum in der Quantität ein; z. B. das Legat lautet auf 1000 Fl. für meine drei Vettern, der Testator hatte aber 3000 Fl. beabsichtigt.

Zu 1) In der Regel liegt hier dem Angreifenden ein doppelter Beweis ob, nicht nur, daß der Beweggrund, welchen der Testator ausgedrückt hat, irrig war, sondern auch, daß derselbe ohne diesen Irrthum nicht also disponirt haben würde; l. 1. C. 6. 44. — l. 72. §. 6. D. 35. 1. — §. 4. J. 2. 15. — l. 40. D. 28. 5., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 49. not. 6., jedoch wird das Letztere, wenn es auch nicht schon ganz bestimmt aus dem Inhalt des Testaments selbst hervorgeht, in manchen Fällen präsumirt, z. B. wenn der Testirer Jemand als seinen Sohn instituirt hat, der es nicht ist, l. 5. C. 6. 23. — l. 4. l. 7. C. 6. 24., oder wenn er einen Sohn exheredirt, weil er glaubt, daß derselbe nicht sein Sohn sey, oder wenn er einen Fremden einsetzt, in der Meinung, sein Sohn sey gestorben; l. 92. D. 28. 5. — l. 14. §. 2. l. 15. D. 28. 2. — l. 28. D. 5. 2. Immer wird aber nur die irrige Erbeinsetzung hinfällig, dagegen die Legate bestehen bleiben. Im letzbemerkten Fall könnte man dies zwar wegen Inofficiosität bezweifeln, allein die Gesetze halten diesen Gesichtspunkt nicht für anwendbar, weil die Enterbung unabsichtlich geschah; l. 9. l. 10. C. 6. 21. — l. 28. D. 5. 2., Glück Thl. VII. S. 317. not. 98.

Zu 2) Auch hier ist — die vorbemerkten Ausnahmen abgerechnet — der vorbeschriebene doppelte Beweis nöthig; außerdem heißt es: falsa causa non nocet: §. 31. J. 2. 20. — l. 1. C. 6. 44. Man kann ja nicht wissen, ob nicht der Erblasser die Person dennoch bedacht hätte, auch wenn er das Nichtvorhandenseyn der von ihm derselben irrig beigelegten Eigenschaft gewußt hätte, l. 72. §. 6. D. 35. 1., ratio legandi legato non cohaeret; doch heißt es weiter: plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. Ein Anderes ist es, wenn die irrige Voraussetzung des Testirers absolut nothwendig und unzertrennlich mit der Hauptbestimmung zusammenhängt, da muß natürlich diese mit jener von selbst zusammenfallen. Beispiele hiervon s. Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. §. 26., Struben rechtl. Bedenken Thl. V. no. 37. Ein gegebenes Prädicat kann auch unrichtig scheinen, und doch in gewisser Beziehung Geltung haben. So sagt l. 58. §. 1. D. 28. 5.: Einer, der nicht Bruder des Erblassers ist, wird, wenn ihn dieser mit brüderlicher Liebe liebt, nebst Anführung seines Namens unter der Benennung Bruder rechtlich zum Erben eingesetzt.

Struben rechtl. Bedenken Thl. II. no. 105. hält dafür: wenn der Testator eine Verwandte, mit dem Beisatz: da sie ihm in der Succession am nächsten stehe, zur Erbin einsetzte, gleichwohl aber eine nähere Verwandte vorhanden ist, so sey deshalb die Erbeinsetzung nicht

ungiltig, wie der von ihm angeführte Barry de success. Lib. II. tit. 6. no. 7. aus der oben allegirten l. 4. C. 6. 24. folgern will;*) so auch, wenn der Vater dem jüngsten Sohne das Hofgut zuwendet, weil sein Anspruch auf den Landesgebrauch gegründet sey, gleichwohl aber bewiesen würde, daß der Landesgebrauch vielmehr dem ältesten Sohne zu Statten komme; s. Struben a. a. O. Wenn der Testirer seinen Sohn als Erben mit einer jährlichen Rente zum Besten seiner beiden jüngsten Töchter unter Anführung des Grundes belastet, weil diese von den Zinsen ihres Erbtheils keine standesmäßige Erziehung erhalten könnten, in der Folge aber die eine derselben stirbt, und die Umstände der überlebenden sich so verbessern, daß ihre Revenuen zu den Erziehungskosten hinreichen, so soll das Hinwegfallen des Beweggrundes noch nicht den Wegfall der legirten Rente begründen; Struben a. a. O. Thl. V. no. 37.

Eigenthümlich ist die Behandlung des Falles in l. 40. u. 41. D. 28. 5. und §. 4. J. 2. 15., wo ein Unfreier von dem Testator, welcher ihn für einen Freien hielt, zum Erben eingesetzt und ihm auf den Fall, wenn er nicht Erbe würde, substituirt worden war. Die Entscheidung würde, wenn der Testator den Zustand der Unfreiheit gewußt hätte, nicht anders möglich seyn, als daß der Substitut nur dann eintreten könnte, wenn der Instituirte weder sich noch seinem Herrn die Erbschaft erwerben würde. Da aber der Testator an dem Instituirten eine Eigenschaft voraussetzte, welche nicht vorhanden war, welche es ihm aber allein möglich gemacht haben würde, die ihm zugedachte Erbschaft zu erwerben, so möchte man geneigt seyn, die Erbschaft dem Substituten zuzuerkennen;**) der Kaiser Tiberius entschied

---

*) Indessen nimmt doch Struben selbst wieder die entgegengesetzte Meinung im Bd. V. no. 37. not. c. an: falsa causa, quae ingreditur voluntatem testatoris, v. g. si instituit aliquem ut consanguineum heredem, qui talis non est — nullam reddit institutionem.

**) Damit scheint l. 3 C. 6. 24. übereinzustimmen. A. hatte den J. als Freigelassenen zum Erben eingesetzt, und eine Substitution mit den Worten beigefügt: „sollte mein eingesetzter Erbe meine Erbschaft aus irgend einem Grunde nicht antreten können oder wollen, so substituire ich an seiner Statt den V. Nun ergab sich, daß J. ein gemeinschaftlicher Sklave des A. und seines Bruders Z. war. War nun die Erbschaft dem Herrn des J. oder dem Substituten zuzuerkennen? — Für den Substituten wäre — so heißt es weiter — zu entscheiden, wenn der Testirer im Glauben, daß der J. ihm allein eigenthümlich gehöre und sein Freigelassener sey, zu seinen Gunsten, und nicht in der Absicht, durch ihn seinem Herrn die Erbschaft zuzuwenden, also disponirt hätte. Allein die Worte: wenn mein eingesetzter Erbe aus irgend einem Grunde nicht antreten könnte oder wollte, können auch so verstanden werden, wenn er

aber laut der bemerkten, auch in anderer Beziehung vielfach besprochenen Gesetzstelle dahin, daß der Herr des Sklaven und der Substitut sich in die Erbschaft zu theilen hätten; — vermuthlich aus dem Grunde, weil es immerhin zweifelhaft bleiben mochte, ob nicht der Erblasser jenen Menschen auch dann eingesetzt haben würde, wenn ihm sein unfreier Zustand bekannt gewesen wäre, s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 351., also nach dem Grundsatz: in rebus dubiis mediam viam elige. Ob übrigens die Theilung zu gleichen Theilen stattfinde, oder, wie es nach dem Gesetz scheint, der institutus $^3/_4$, der substitutus aber nur $^1/_4$ erhalte, wie Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 375. Bd. XV. S. 237. zu demonstriren sucht, ist zweifelhaft, aber das Uebergewicht der Gründe ist für die gleiche Theilung; s. Arndts ebend. Bd. XIII. S. 293., v. Vangerow in Richter's kritisch. Jahrbüchern Bd. III. S. 571., Donell. Comment. Vol. III. Lib. 6. cap. 24. §. 15—18. und die deutsche Uebersetzung des Corp. jur. Vol. III. S. 64. not. 121.

Zu 3) In solchen Fällen, wo die Identität der beabsichteten und der vom Testator bezeichneten Person fehlt, wird die Disposition hinfällig; z. B. der Testator war in die Meinung versetzt, ein von ihm nie gesehener Vetter Titius sey von der Reise zurückgekommen, und testirt nun also: Titius, qui ex peregrinatione reversus est, heres esto. In diesem Falle wird weder der wirkliche noch der vermeintliche Titius Erbe. Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit in corpore hominis errans (veluti frater meus, patronus meus), placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur. neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est; l. 9. pr. D. 28. 5.

Zu 4) Dieser Fall unterscheidet sich von den vorigen Fällen dadurch, daß dort der Irrthum in den Vorstellungen und Gedanken, hier in den Ausdrücken des Testators liegt. Hier ist nun favor testamentorum dahin überwiegend, daß Mängel nicht beachtet werden, so lange sie nicht die Gewißheit des Willens aufheben. Eine klare Bezeichnung ersetzt hinlänglich die mangelnde Benennung: nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur; l. 34. D. 35. 1.*) Eine

---

— auch nicht seinem Herrn — erwerben wollte (denn er konnte auch gegen den Befehl seines Herrn die Antretung der Erbschaft verweigern), und dann konnte der Substitut nicht zur Erbschaft gelangen, wenn der Sklave J., dem Befehle seines Herrn Folge leistend, die Erbschaft antrat."

*) Nur darf die Bezeichnung nicht lediglich durch ein Schimpf- oder Scheltwort geschehen seyn; l. 9. §. 8. D. 28. 5., ausgenommen, wenn die wirkliche Benennung vorhergegangen ist; l. 48. §. 1. D. 28. 5. Die Meinung

falsche Bezeichnung oder Attribution schadet alsdann nicht, wenn übrigens mit Sicherheit entnommen werden kann, was der Testator wollte; l. 4. C. 6. 23. — l. 5. C. 6. 24. — l. 7. §. 1. C. 6. 37. l. 108. §. 10. D. de legat. I. (30.) Ein falsches nomen appellativum schadet zwar, weil dieses sich vom Begriff der Sache nicht trennen läßt, aber ein falsches nomen proprium schadet nicht, wenn sonst der Wille des Testators unzweifelhaft ist; §. 29. J. 2. 20. — l. 9. pr. D. 28. 5. — l. 4. pr. D. de legat. I. — l. 7. §. 2. D. 33. 10. Dasselbe gilt von einer der Sache gegebenen irrigen Bezeichnung, wenn sonst der Wille mit Gewißheit erkannt werden kann. Benennt der Testirer sich selbst falsch, so kann dies nach l. ult. C. 6. 24. nicht mehr, wie früher exorbitanter Weise geschah, als ein unschädlicher Irrthum behandelt werden. — Einen interessanten Fall einer höchst wahrscheinlich begangenen Namensverwechselung liefert Emminghaus in Elvers' allgem. jurist. Zeitg. 1830. S. 113. L. hatte zwei Schwestersöhne, J. M. Wiedemann und J. M. Weisbach. Letzterer hatte ihm mehrere Jahre lang in seiner Wirthschaft beigestanden, Ersterer nicht. Nun testirte er aber wörtlich: „J. M. Wiedemann, der mich seither in meiner Wirthschaft unterstützt hat, soll mein alleiniger Erbe seyn." Weisbach forderte nun die Erbschaft vom Wiedemann heraus, welcher sie auf den Grund des dem Testator vorgelesenen und von ihm unterschriebenen Testamentsprotokolls erlangt hatte. Die Bezeichnung schien hier zwar bedeutsamer, als die Benennung von Seite des altersschwachen, als Bauersmann des Gebrauchs der Zunamen ungewohnten Testirers. Das Oberappellationsgericht in Jena wies aber den Kläger aus dem Grunde ab, weil seine Klage keine facta enthalte, durch deren Beweis auch die Namensverwechselung bewiesen würde, sondern nur praesumtiones hominis darbiete, unter welchen übrigens der Umstand bedeutend war, daß der Erblasser gegen den Weisbach, sowie auch gegen Andere öfters geäußert hatte, daß er seinen ganzen Nachlaß erben solle.

Zu 5) Eine solche Disposition ist nichtig, wenn der Testator blos durch diesen Irrthum zu derselben bestimmt war, was in der Regel anzunehmen ist, wovon aber eine Ausnahme gilt, wenn er die Sache, über welche er nicht disponiren konnte, einem nahen Verwandten, also einer solchen Person hinterließ, cui legaturus esset, etsi

---

Einiger, daß diese Ausnahme nur bei Einsetzung eines Kindes des Testators gelte, widerlegt Donell. Comm. Lib. VI. c. 19. §. 2. u. 3., Glück Thl. XL. S. 196., Thibaut System §. 950. (Ed. 8.)

scisset, rem alienam esse; §. 4. J. 2. 20. — l. 67. §. 8. D. de legat. II. (31.) — l. 10. C. 6. 37.

Zu 6) Wenn die Quantität eines Legats erweislichermaßen irrig niedergeschrieben ist, so soll allerdings der erweisliche wahre Wille des Testators mehr gelten, als das Geschriebene; l. 9. §. 2—4. D. 28. 5. — l. 15. pr. D. de legat. I. (30.)

---

§. 146.

C. Betrug.

Hierüber ist auf die allgemeinen Bestimmungen der Gesetze zu verweisen.

Von selbst versteht es sich, daß die Disposition des Erblassers, wenn nur ein Theil derselben durch Betrug erzeugt ist, nur in Ansehung dieses Theils pro non scripto zu achten sey; Glück Thl. XXXIII. S. 431.

---

§. 147.

3. Erfordernisse der Willenserklärung und Selbstständigkeit der letztwilligen Verfügung.

Es ist hier nur die Tendenz der Römischen Gesetze im Allgemeinen aufzufassen, welche dahin geht, den letzten Willen des Menschen möglichst in Kraft zu setzen, wenn man nur seiner Absicht und Meinung gewiß seyn kann, daher Mängel des Ausdrucks nicht beachtet werden, wenn sie nicht die Gewißheit des Willens aufheben, selbst Auslassung von Worten nicht schadet, wenn man gleichwohl den Sinn verstehen kann, l. 48. §. 3. l. 1. §. 5. D. 28. 5. — l. 7. C. 6. 23. — l. 10. C. 6. 42., Undeutlichkeiten nur dann schaden, wenn aus dem Ausdruck des Testators gar kein sicheres Ergebniß gewonnen werden kann, l. 73. §. 3. D. 50. 17., wenn dies aber irgend möglich, die Auslegung nach dem muthmaßlichen Willen vorzuziehen ist; quum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est; l. 25. D. 34. 5. Ist dem ernannten Erben eine Benennung gegeben, welche auf Mehrere paßt, so bleibt dem um die Erbschaft sich Mel-

denden der Beweis offen, wen der Testator gemeint habe, s. Glück Thl. XL. §. 1442. Der erweisliche Wille des Testirers geht einer fehlerhaften Scriptur vor; l. 9. §. 5. u. 6. D. 28. 5. Eine Unvollständigkeit des letzten Willens ist es doch gewiß, wenn der Erblasser Jemand zum Erben mit dem Beifügen einsetzt, daß dies unter später nachfolgenden Bedingungen geschehe, und diese nirgend zu finden sind; die Erbeinsetzung wird aber dadurch doch nicht kraftlos, sondern man nimmt lieber an, daß der Testator in der Folge von den beabsichteten Bedingungen abstrahirt habe; l. 8. C. 6. 25. — l. 77. §. ult. D. de legat. II. (31.) — Glück Thl. XXXVIII. S. 422. Durch eine gleiche Annahme wird auch nach l. 2. D. 28. 5. u. l. 36. eod. die Erbeinsetzung in dem Falle aufrecht erhalten, wenn der Testator Mehrere zu Erben einsetzte mit dem Beisatz: ex partibus, quas adscripsero, diese Theilbestimmung aber nicht erfolgt ist. Nur dann wäre die Erbeinsetzung ungiltig, wenn es hieße: ex his partibus, quas *adscripsi*, und es wären gleichwohl keine Theile beschrieben.

Wesentlich sind aber die Gesetze dahin gerichtet, daß man sicher sey, den eigenen, den freien, den wahren und reinen Willen des Verstorbenen zu erhalten. In dieser Beziehung sind folgende Fragen hervorzuheben:

1) Wie weit erstreckt sich die im Sctum Libonianum neben der — jedoch nach dem neueren Criminalrecht von den meisten Rechtslehrern als hinwegfallend betrachteten — poena falsi (s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 453. (60.) not. d. u. die dort Angef.) verordnete Nichtigkeit alles dessen, was der Testamentsschreiber sich oder denen, durch welche er erwirbt, im Testament zuschreibt?

2) Bekanntlich kann die Verletzung des Sctum Libonianum geheilt werden, wenn der Erblasser selbst das gegen die Vorschrift des Sctum Geschriebene genehmigt; aber auf welche Weise muß die Genehmigung erfolgen?

3) Ist ein letzter Wille nichtig, wenn der Entwurf dazu vom Haupterben selbst verfaßt ist?

4) Gilt ein auf Befragen eines Andern gemachtes Testament?

5) Insofern captatorische Erbeinsetzungen und Legatbestimmungen, nämlich solche, welche nicht etwa blos als Bezeugung der Dankbarkeit für eine vom Andern erhaltene Zuwendung entspringen, s. l. 8. §. 1. l. 70. l. 71. pr. D. 28. 5., son-

dern unter der Bedingung von mir geschehen, daß der Andere mir oder einem Dritten etwas hinterlasse, also sich auf den noch nicht erklärten letzten Willen eines Andern beziehen (cujus conditio confertur ad secretum alienae voluntatis), verboten sind, fragt es sich, ob blos die Institution des captans oder auch die des captatus ungiltig ist?

6) Kann Jemand in der Art zum Erben eingesetzt oder mit einem Legat bedacht werden, daß die Wirksamkeit der Disposition von der Willkür des Erben oder eines Dritten abhängig gemacht wird?

7) Ist einem Testament, welches der Testirer mündlich kundgibt, aber doch zugleich niederschreiben läßt, die Eigenschaft eines mündlichen oder eines schriftlichen Testaments beizulegen?

8) Schadet es der Giltigkeit des letzten Willens, wenn der in einem mündlichen Privattestament eingesetzte Erbe während des Errichtungs-Actes im Krankenzimmer gegenwärtig gewesen ist?

Zu 1) Das Verbot kann da nicht anschlagen, wo sein Grund — muthmaßliche Erbschleicherei — wegfällt, also, wenn der Schreiber selbst alleiniger Intestaterbe des Erblassers wurde, wo ihm ja seine Scriptur nichts nützen kann; l. 1. C. 9. 23.

Die Wirkung des Prohibitivgesetzes bleibt auf den testamentarius selbst beschränkt; wenn also der Testamentsschreiber cum onere restituendi honorirt ist, so gilt nur die Einsetzung des Schreibenden nicht, wohl aber die daran geknüpfte Substitution eines Dritten; l. 5. D. 34. 8. — l. 14. §. 2. in f. D. 48. 10. — s. auch Kap. X. Wegfall des Vermächtnisses no. 3. lit. b. Nur die eigene Erwerbung des Schreibenden, geschehe sie nun unmittelbar oder mittelbar, z. B. durch einen Sklaven oder Haussohn, nicht auch irgend ein indirectes oder entfernteres Interesse, wird vom Verbot getroffen. Es schadet also nichts, wenn im Testament eines Dritten der Sohn seiner Mutter, oder der Ehemann seiner Ehefrau,*) oder der Vater seinem emancipirten oder in Adoption gegebenen Sohne etwas zuschreibt, oder

*) Bei der deutschen ehelichen Gütergemeinschaft wäre freilich, wenn der Testator nicht ausdrücklich erklärt hatte, daß die Zuwendung nicht in die G.-G. fallen solle, ein Anderes zu statuiren, als nach dem römischen Dotalsystem.

wenn er dem Haussohne etwas, das in das peculium castrense desselben fällt, zuschreibt; l. 11. pr. §. 1. l. 17. l. 18. l. 22. §. 2. D. 48. 10. Ausnahmen von Sct. Libon. enthält l. 22. pr. D. 48. 10. l. 1. §. 8. l. 14. l. 15. §. 6. eod. — l. 22. C. 6. 23. — cf. Leyser Vol. VI. Sp. 397. Med. 3. u. 4. Viel strenger ist das Sächsische Recht, denn nach der Dec. IX. de Ao. 1746. gilt in einem gerichtlich aufgenommenen Testamente alles dasjenige nicht, was der Gerichtsobrigkeit oder dem Gerichtshalter und Actuar oder deren Eheweibern oder Descendenten zugeschrieben wird;*) s. Gottschalk Disc. for. T. III. cap. 6. Von Ascendenten sagt jedoch dieses Gesetz nichts, weshalb ein Testament, in welchem der Actuar seine Mutter als Miterbin geschrieben hatte, als giltig anerkannt wurde; s. Gottschalk l. c. T. I. cap. 11. Eine umfängliche Erörterung des Sct. Libon. s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 433. not. 2., v. Ende jurist. Abhandl. Bd. I. S. 97., wo insbesondere auch auf wechselseitige Testamente der Ehegatten die Anwendbarkeit des Libonianischen Rathschlusses nach l. 4. C. de his, qui sibi adscribunt (9. 23.) behauptet wird, obgleich andere Schriftsteller, indem sie in denselben nur einen Vertrag sehen, das Gegentheil behaupten. [Nach der Ansicht des O.-A.-G. zu Dresden gilt das Sct. Lib. auch bei dem test. judici oblatum: Seuffert's Archiv XI. No. 54.]

Zu 2) Die allgemeine Unterschrift des Testators genügt in der Regel nicht, sondern es wird subscriptio specialis, nämlich ein ausdrücklich auf die in favorem scribentis getroffene Anordnung gerichteter Beisatz erfordert, z. B. „obige Bestimmungen habe ich durchgelesen und genehmigt," oder: „das habe ich ihm dictirt und selbst gelesen;" l. 1. §. 8. D. 48. 10. — l. 15. §. 1. eod. — G. L. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 19. Dies ist auch wohl der Sinn der l. 29. D. 26. 2., s. auch v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 243. Doch soll dann, wenn einem Sohne oder Sklaven das Testament dictirt worden ist, die bloße Unterschrift des Testators genügen, l. 1. §. 8. cit. — Schweppe röm. Privatr. Th. V. §. 792., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 453. (60.), nicht aber auch, wenn dem Sklaven eines Andern ein Legat für seinen Herrn dictirt worden ist; l. 15. §. 1. D. 48. 10.; vergl. jedoch v. Vangerow a. a. O. §. 434. Anm. 2. no. 6.

---

*) Doch versteht sich dieses nur von einem gerichtlich aufgenommenen und nicht auch von einem blos gerichtlich übergebenen Testament; Günther Prog. zu Hoppe's D. de anticip. Lips. 1839. Quaest. jur. Sax. ad Dec. IX.

Zu 3) Man kann eine Nichtigkeit nur dann behaupten, wenn die Vorlage des Entwurfs mit Umständen begleitet war, welche eine Ueberlistung indiciren; dann läge aber der Nichtigkeitsgrund nicht im Niederschreiben des Entwurfs an sich, sondern in dem damit verbundenen Betrug; s. v. Hohnhorst Jahrbücher des Großherzogl. Baden'schen Oberhofgerichts in Mannheim Bd. I. S. 289., Hommel Rhaps. Vol. IV. Qu. 570.

Zu 4) Dieser Fall tritt gewöhnlich dann ein, wenn der Testirende sich in einem Zustande körperlicher Infirmität befindet, welcher ihn an einem zusammenhängenden Vortrage hindert, so daß er nur mit einzelnen Worten, in abgebrochenen Sätzen seine Gedanken ausdrücken, wohl gar nur andeuten kann, wodurch sich dann der Testamentsschreiber oder der Gerichtscommissär in die Nothwendigkeit versetzt sieht, durch Fragen sich zu überzeugen, ob er die Meinung des Testirers wirklich erfaßt habe. Gmelin und Elsässer's gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. V. S. 118. liefern ein paar interessante Beispiele von Testamenten, welche auf solche Art zu Stande gebracht und von einer Juristenfacultät für giltig, von zwei anderen aber für ungiltig erkannt wurden. So geradezu läßt sich wohl nicht mit Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 310. und Leyser Spec. 375. Med. 14. behaupten: testamentum ad solam interrogationem alterius conditum non valet, besonders wenn der Fragende weder ein entferntes Interesse hat, noch eine solche Person ist, gegen welche metus reverentialis obwaltet, oder welche sonst suspect ist. Nach l. 29. C. 6. 23. ist nur derjenige, welcher keine articulirten Töne von sich geben kann, testirunfähig, und l. 15. eod. sagt: es bedarf keiner feierlichen Worte, wenn eben eine bereits halberstorbene und stotternde Zunge sie herausstößt; cf. §. 3. J. 2. 12. — Stryck de cautel. test. cap. IV. §. 34. Auch schadet es einem schriftlichen Testamente nicht, daß durch ausgelassene Worte der Zusammenhang gestört ist, wenn man den Sinn demungeachtet finden kann; l. 1. §. 5. D. 28. 5. — l. 7. C. 6. 23. — l. 10. C. 6. 42. Das Meiste wird daher immer dem vernünftigen Ermessen überlassen bleiben müssen; wenn aber keine Verdachtsgründe hinzutreten, so darf gewiß angenommen werden, daß auch ein abgefragter letzter Wille giltig ist, wenn nur die Selbstthätigkeit des Testirers dabei nicht aufgehoben gewesen ist; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 790., Manz de testamento valido et invalido tit. 3. qu. 3. no. 3., Geiger u. Glück Rechtsfälle Bd. III. no. 42. §. 13. u. 14., Glück Thl. XXXIV. S. 23 ꝛc., Hofacker Princ. jur. civ. §. 1267., Faber Err. Pragm. Dec. 69. Err. 1.

u. 2., womit übereinstimmt ein Erk. des O.=A.=G. in München in Seuffert's Archiv Bd. III. S. 205.

Zu 5) Es war früher allgemein angenommen, daß die Disposition des captatus einer Nullität nicht unterliege, bis Bynkershoeck Opusc. T. II. cap. 10. sie angriff, gegen welchen aber Thibaut Versuche Thl. I. no. 4. der früheren Ansicht wieder Geltung verschaffte, welche man nun in den meisten Lehrbüchern findet; s. Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 797., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 459. (77.), Seuffert Pand. Bd. III. §. 536., Sell Versuche Bd. II. S. 308. Dagegen nimmt Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 648. not. 9. und bei Glück Thl. XL. S. 221. die Bynkershoeck'sche Meinung wieder in Schutz, welche sich vorzüglich auf die Betrachtung gründet, daß sonst der Betrüger ungeachtet des gesetzlichen Verbots gewinnen und das Gesetz auf solche Weise seiner Kraft größtentheils beraubt würde, welche, wie bei allen Prohibitivgesetzen, gerade darin liegen müsse, dem Zuwiderhandelnden die Aussicht auf den durch die verbotswidrige Handlung zu erlangenden Vortheil zu verschließen. Auch könne nicht eingewendet werden, daß ja eine Disposition zu Gunsten einer Person, welche mich zuvor bedacht hat, gesetzlich erlaubt sey, denn dies gelte blos von einer puren, aber nicht von einer bedingten captatorischen Einsetzung. — Die stärkeren Gründe sind aber doch wohl auf der entgegengesetzten Seite, auf welche neuerlich auch Puchta §. 468. not. c., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 402., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 434. II. 4., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 173. Anm. 27. und Arndts Pand. §. 491. Anm. 3. getreten sind; denn kein Gesetz bedroht die Verfügung des Captirten mit Nichtigkeit, kann es auch nicht, weil man nicht absolut wissen kann, ob deren Motiv in der des Captirenden lag, welche ihm sogar unbekannt seyn konnte, und im Allgemeinen kann auch der s. g. captatus nicht für einen Betrogenen angesehen werden, da er wissen mußte, daß Niemand durch die Verheißung seiner eigenen Erbschaft verpflichtet sey, das Versprechen zu erfüllen; l. 34. C. 2. 4. Mithin kann die Disposition des captatus nur dann dem captans keinen Vortheil bringen, wenn in concreto erweislich ist, daß er wirklich captirt war, nämlich daß er durch die captatorische Bedingung, welche er für giltig hielt, zu seiner Disposition bestimmt worden ist; s. Schweppe a. a. O., v. Wening=Ingenheim a. a. O., v. Vangerow a. a. O., Thibaut Vers. Thl. I. S. 74. Daß aber in diesem Falle das dem captans Hinterlassene ihm als indignus vom Fiscus entzogen werde, wie Roßhirt,

dern unter der Bedingung von mir geschehen, daß der Andere mir oder einem Dritten etwas hinterlasse, also sich auf den noch nicht erklärten letzten Willen eines Andern beziehen (cujus conditio confertur ad secretum alienae voluntatis), verboten sind, fragt es sich, ob blos die Institution des captans oder auch die des captatus ungiltig ist?

6) Kann Jemand in der Art zum Erben eingesetzt oder mit einem Legat bedacht werden, daß die Wirksamkeit der Disposition von der Willkür des Erben oder eines Dritten abhängig gemacht wird?

7) Ist einem Testament, welches der Testirer mündlich kundgibt, aber doch zugleich niederschreiben läßt, die Eigenschaft eines mündlichen oder eines schriftlichen Testaments beizulegen?

8) Schadet es der Giltigkeit des letzten Willens, wenn der in einem mündlichen Privattestament eingesetzte Erbe während des Errichtungs-Actes im Krankenzimmer gegenwärtig gewesen ist?

Zu 1) Das Verbot kann da nicht anschlagen, wo sein Grund — muthmaßliche Erbschleicherei — wegfällt, also, wenn der Schreiber selbst alleiniger Intestaterbe des Erblassers wurde, wo ihm ja seine Scriptur nichts nützen kann; l. 1. C. 9. 23.

Die Wirkung des Prohibitivgesetzes bleibt auf den testamentarius selbst beschränkt; wenn also der Testamentsschreiber cum onere restituendi honorirt ist, so gilt nur die Einsetzung des Schreibenden nicht, wohl aber die daran geknüpfte Substitution eines Dritten; l. 5. D. 34. 8. — l. 14. §. 2. in f. D. 48. 10. — s. auch Kap. X. Wegfall des Vermächtnisses no. 3. lit. b. Nur die eigene Erwerbung des Schreibenden, geschehe sie nun unmittelbar oder mittelbar, z. B. durch einen Sklaven oder Haussohn, nicht auch irgend ein indirectes oder entfernteres Interesse, wird vom Verbot getroffen. Es schadet also nichts, wenn im Testament eines Dritten der Sohn seiner Mutter, oder der Ehemann seiner Ehefrau,*) oder der Vater seinem emancipirten oder in Adoption gegebenen Sohne etwas zuschreibt, oder

*) Bei der deutschen ehelichen Gütergemeinschaft wäre freilich, wenn der Testator nicht ausdrücklich erklärt hatte, daß die Zuwendung nicht in die G.-G. fallen solle, ein Anderes zu statuiren, als nach dem römischen Dotalsystem.

legatum poenae nomine relictum unstatthaft, im neuesten R. R. aber ist es zugelassen; §. 36. J. 2. 20. — l. un. C. 6. 41.; vergl. D. 34. 6. Sehr bestritten ist, ob nicht die Grundsätze des R. R. c. 13. X. de testam. (3. 26.) überhaupt aufgehoben seyen; verb.: qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. Glück hat zuerst in Opusc. Fasc. I. pag. 238. darzuthun sich bemüht, daß diese Decretale, welche das Stück eines instructiven Schreibens des Pabstes Innocenz III. an den Bischof von Auxerre ist, sich nur auf ein jus singulare der Geistlichkeit beziehe, bei welcher sich im Mittelalter eine anerkannte Gewohnheit gebildet hatte, durch manufideles über ihren Nachlaß verfügen zu lassen, und daß der Pabst durch die Aufnahme dieses Schreibens in die Decretalen nicht das gemeine Recht habe aufheben wollen. Diese Meinung wurde vorzüglich von Schrader a. a. O. S. 71. angegriffen, welchem sofort mehrere Lehrbücher gefolgt sind, z. B. v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 454. (61.), s. auch Roßhirt von Vermächtnissen Bd. I. S. 318., Neustetel im civilist. Archiv Bd. III. S. 100. Glück hat dagegen die seinige wieder vertheidigt Thl. XXXIII. §. 1406 a. und Thl. XXXIV. §. 1406 b. Unentschieden sind Thibaut System §. 951. und Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 644. Glück's Ausführung wird auch von v. Vangerow a. a. O. §. 432. vertheidigt, indem sich für den Laien eine solche Gewohnheit durchaus nicht nachweisen lasse, welche sich für Geistliche durch Stiftsstatuten und Concilien im Mittelalter gebildet hatte, und etwas Aehnliches nur dann vorkomme, wenn dieselben ad pias causas testirt hatten, wo in Ermangelung näherer Bestimmungen die Bischöfe als Executoren des letzten Willens das Nähere anordneten. Diese Meinung scheint sowohl die Wahrheit als das Uebergewicht für sich zu haben; s. Höpfner Institt. Comm. §. 488. not. 5., Schweppe röm. Privatr. Thl. V. §. 800., G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abthl. 2. no. 145., Günther Princ. jur. Rom. §. 728., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 5. §. 11., J. H. Boehmer J. E. Pr. T. II. Lib. 3. tit. 26. §. 50. u. A. m.

Zu 7) Sind in diesem Falle die Förmlichkeiten der einen, aber nicht der andern Testirweise beobachtet, so muß, wenn der Testator ausdrücklich erklärt hat, nur in der einen von beiden Formen testiren zu wollen, das Testament in derjenigen Form gelten, in welcher es am besten zu Recht bestehen kann; l. 3. D. 29. 1. — Glück Thl. XXXIII. §. 1401., Thl. XXXV. §. 1418., Erk. des O.-A.-G. in Oldenburg in Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 233., Hofacker Princ.

jur. civ. §. 1270., Schweppe röm. Privatr. §. 817., Cons. Tubing. Vol. II. Cons. 76. no. 19.

Zu 8) Daß dieser Umstand der Giltigkeit des Testaments nicht schade, ist umfänglich ausgeführt in Strippelmann's Erk. des O.-A.-G. in Cassel Bd. IV. S. 245. 255. 277. u. 279.

---

§. 148.

4. Von Nebenbestimmungen.

A. Conditio.*)

Dig. XXVIII. 7. de conditionibus institutionum. Dig. XXXV. 1. de conditionibus et demonstrationibus etc. Cod. VI. 25. de institutionibus et substitutionibus sub conditione factis. Cod. VI. 46. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. Cod. VI. 45. de his, quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.

1) Insofern nach den gesetzlichen Vorschriften eine unmögliche Bedingung in Testamenten pro non scripta zu achten ist, entsteht die Frage, nach welchem Zeitpunkt der Charakter der Unmöglichkeit zu bemessen ist, ob nach dem der Testamentserrichtung oder des Erb- und Legatanfalls?

2) Inwiefern ist einer relativ-unmöglichen Bedingung in einem Testament dieselbe rechtliche Folge zuzuschreiben, wie der positiv unmöglichen?

---

*) S. hierüber Bd. I. §. 39. Beizufügen ist noch, daß in Testamenten aus der präsumtiven Absicht des Testators Manches als stillschweigende Bedingung angenommen wird. Beispiele hiervon s. l. 102. D. 35. 1. – l. 6. C. 6. 25. — l. 30. C. 6. 42. — l. 10. D. de leg. III. (32.) Ist Jemand unter Bedingungen zum Erben eingesetzt, und sind ihm auch Prälegate ausgesetzt, so werden diese für ebenso bedingt angesehen; l. 18. §. 1. D. 28. 7. – l. 77. D. 35. 1. — l. 17. §. 3. D. 44. 4. Folgen im Testament mehrere durch Verbindungswörter vereinigte Dispositionen auf einander, so wird die Bedingung der ersten auch auf die folgenden bezogen, l. 63. D. de leg. III. — l. 108. D. 35. 1., wobei indessen nach Umständen angemessene Auslegung nicht ausgeschlossen werden mag; Schweppe röm. Privatrecht Thl. V. §. 794. Gleiches gilt von der im Testament für die darin verordneten Legate bestimmten Frist in Ansehung der später verordneten; l. 30. pr. §. 7. l. 31. D. de leg. I. (30.) Von der Bedingung, Kinder zu erhalten, wird man durch das solenne Gelübde der Keuschheit unter Bestimmung des Vermögens ad pias causas befreit; l. 53. §. 2. C. 1. 3. — Vergl. auch Brackenhoeft i. d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XVII. S. 227 ff.

3) Was für eine Wirkung hat die einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtniß beigesetzte Resolutivbedingung?

4) Wenn zur Bedingung gemacht ist, daß Jemand Kinder erhalte, kann diese Bedingung durch adoptirte Kinder für erfüllt angenommen, und können auch uneheliche Kinder zugelassen werden?

5) Was gilt in dem Falle, wenn das Unmögliche der Bedingung blos in der zu enge gesetzten Zeit der Erfüllung liegt?

6) Was ist die rechtliche Folge, wenn im Testament mit einer zulässigen Bedingung eine verwerfliche alternativ oder cumulativ cumulirt ist?

7) Wenn Jemandem ein Legat unter der Bedingung, etwas nicht zu thun, ausgesetzt ist, so haben die Gesetze, damit ein solches Legat noch bei Lebzeiten des Legatars ausgerichtet werden kann, obgleich die Bedingung, wenn die Uebertretung das ganze Leben des Honorirten hindurch möglich ist, erst mit seinem Tode vollständig erfüllt erscheinen kann, durch die cautio Muciana gesorgt, welche der Legatar dem Erben für die zur Bedingung gemachte Unterlassung leistet, und durch deren Leistung er den Besitz des Vermächtnisses sogleich erhält; l. 72. §. 2. l. 73. l. 77. §. 2. l. 101. §. 3. l. 106. D. 35. 1. — l. 65. §. 1. D. 36. 1. Ebenso leistet derjenige, welcher unter einer negativen potestativen Bedingung zum Erben eingesetzt ist, den Miterben Caution; wie aber dann, wenn er Alleinerbe ist? muß dann die Caution dem etwaigen Substituten, oder, wenn es auch an einem solchen fehlt, auch den Intestaterben geleistet werden?

Ueber die Frage: was Rechtens sey, wenn eine Handlung oder ein Ereigniß, woran die testamentarische Zuwendung bedingt ist, zur Zeit der Testamentserrichtung schon erfolgt war? ob die Erfüllung der Bedingung noch von den Erben des inzwischen verstorbenen bedingt Honorirten angenommen werden müsse? u. a. m., s. Bd. I. §. 39. zu Fr. 3.

8) Welche rechtliche Wirkung hat es, wenn in einem Testament eine Disposition mehrmals vorkommt, einmal unbedingt, das andere Mal bedingt, oder unter verschiedenen Bedingungen, und zwar: a) bei Erbeinsetzungen, b) bei Vermächtnissen?

9) Ist der den letztwilligen Zuwendungen beigefügten clausula privatoria unbedingte Wirksamkeit beizulegen?

Vom testamentarischen Veräußerungsverbot s. oben Kap. II §. 105. zu Fr. 7.

Zu 1) Diese Streitfrage, welche alsdann erwächst, wenn eine zur Zeit der Testamentserrichtung mögliche Bedingung in der Folge unmöglich oder eine damals unmögliche später möglich wird, läßt sich gewiß am richtigsten durch Beseitigung der schwankenden Begriffe von Bedingungen lösen. Man muß nämlich gemäß l. 83. §. 5. D. 45. 1. ea duntaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem, den Begriff unmöglicher Bedingungen auf solche fixiren, welche den Grund ihrer Unmöglichkeit absolut in sich selbst tragen, und deren Unmöglichkeit dem Testirer erkennbar seyn mußte, die Unmöglichkeit mag nun aus unveränderlichen factischen Verhältnissen oder aus Rechtsgesetzen entspringen. Was aber nur unter äußeren vom Wechsel der Zeit abhängigen Umständen unmöglich ist, fällt nicht unter den Begriff unmöglicher Bedingungen, wenn nur die Voraussetzung des Möglichwerdens nicht eine ganz unwahrscheinliche und ungewöhnliche ist; vergl. v. Savigny System Bd. III. S. 166., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 434. Anm. I. 2. b. Hiernach beseitigen sich die Zweifel über den Einfluß einer Bedingung, deren Unmöglichkeit eine vorübergehende ist; denn bezieht man diese transitorische Beschaffenheit auf äußere Verhältnisse wandelbarer Art, so ist es überhaupt keine unmögliche Bedingung; bezieht man sie aber auf die Veränderlichkeit der Gesetzgebung, vermöge deren etwas zu einer Zeit rechtlich möglich seyn kann, was zu einer andern rechtlich unmöglich ist, so muß man zugestehen, daß eine künftige Veränderung der Gesetzgebung nicht in Betracht kommen könne, weil eine Willenshandlung nicht von zwei entgegengesetzten Regeln zugleich regiert werden kann, weshalb auch ein Gesetz nie zurückwirkt, und l. 137. §. 6. D. 45. 1. bestimmt ausspricht; nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio. Hiernach ist die in Bd. I. §. 39. zu Fr. 9 angeführte Meinung Sell's (Versuche Bd. II. S. 57 ꝛc.), welcher den Zeitpunkt des Todes des Erblassers als entscheidend annimmt, was aber schon mit der Catonianischen Regel unvereinbarlich wäre, zu berichtigen. Darüber ist übrigens kein Zweifel, daß eine zur Zeit der

Testamentserrichtung mögliche Bedingung, wenn sie in der Folge unmöglich wird, als deffficirend zu behandeln ist; l. 72. §. 4. D. 35. 1. — l. 39. §. 4. D. 40. 7.

Zu 2) Die positiv unmögliche Bedingung wird ohne Zweifel deswegen für nicht beigefügt erachtet, weil sie so widersinnig ist, als wenn Jemand in einem Odem sagte: ich will das und ich will es nicht. Die relativ unmögliche Bedingung (conditio per suppositionem vel per accidens impossibilis oder auch secundum quid impossibilis) scheint ebenso behandelt werden zu müssen, wenn die concrete Unmöglichkeit dem Testator erkennbar war. Indessen ist es bestritten, ob schon das Vorhandenseyn der relativen Unmöglichkeit zur Zeit der Testamentserrichtung hierzu genüge, oder ob noch weiter erfordert werde, daß sie dem Testator wirklich bekannt gewesen sey? Letzteres behauptet Weber in Höpfner's Comm. §. 491. not. 3., Thibaut System §. 954., Seuffert Lehrb. §. 536., das Gegentheil Sell a. a. O. S. 79. und S. 199—213., v. Vangerow a. a. O. §. 434. Anm. I. 2. a. In den Gesetzen findet sich das letztere Requisit nicht gerade ausgedrückt; die Hauptstellen handeln indessen von Unmöglichkeiten, welche dem Testator nicht unbekannt seyn konnten, s. l. 72. §. 7. D. 35. 1. — l. 45. D. 28. 5. — l. 4. §. 1. l. 20. pr. D. 28. 7. — l. 104. §. 1. D. de legat. I. (30.); auch ist wohl l. 6. §. 1. D. 35. 1. hierher zu zählen, s. Sell Versuche Bd. II. S. 205.; auch führt sie v. Savigny System Bd. III. S. 163. als Beleg für den Satz auf, daß eine schon vor Abfassung des Testaments vereitelte Bedingung, auch wenn der Testator dies nicht wußte, der unmöglichen gleich, folglich als nicht geschrieben zu behandeln ist. Allerdings fällt dem Testator eine grobe Nachlässigkeit zur Last, wenn er um Thatumstände unbekümmert war, von welchen die Möglichkeit, seinen letzten Willen zu realisiren, abhing, und schrieb er leichtsinnig eine solche Bedingung hin, deren Unmöglichkeit er zur Kenntniß bringen konnte, so stellte er sich aus eigener Schuld unter die rechtlichen Folgen unmöglicher Bedingungen. Konnte hingegen eine Bedingung weder in abstracto noch in concreto für unmöglich angesehen werden, so wird durch ihr Ausbleiben oder durch ihre Nichterfüllung die Disposition immer vernichtet. Doch gilt dies streng genommen nur von casuellen Bedingungen, denn bei potestativen und gemischten Bedingungen, deren Erfüllung dem damit Belasteten ohne alle seine Schuld erst nach Errichtung des Testaments, durch unvoraussichtliche Zufälle unmöglich gemacht worden ist, tritt häufig nach den Gesetzen benigna interpretatio ein, wie schon in Bd. I. §. 40. Fr. 14. bemerkt

wurde; vergl. Sell Versuche Bd. II. §. 55. — l. 20. pr. D. 33. 1. — l. 13. §. 1. D. 34. 1. — l. 1. C. 6. 37. — l. 4. l. 18. D. 29. 2. — l. 54. §. 2. D. de legat. I. — l. 8. §. 7. D. 28. 7. — l. 84. D. 35. 1.

Zu 3) Daß bei Vermächtnissen die Resolutivbedingung ihre gewöhnliche Wirkung hat, ist allgemein anerkannt, und eben so ausgemacht war es auch in Doctrin und Paris, daß eine Erbeinsetzung gar nicht an eine Resolutivbedingung geknüpft werden dürfe; Arndts Pand. §. 495. Gleichwohl wurde dies von neueren Rechtsgelehrten widersprochen, und dagegen behauptet, eine Resolutivbedingung müsse als umgekehrte Suspensivbedingung behandelt und so der Wille des Testators aufrecht erhalten werden;*) s. Schweppe röm. Privatr. Thl. V. §. 794., v. Wening-Ingenheim im civil. Archiv Bd. I. no. 9., Zimmern das. Bd. VII. no. 7. Diese Meinung, welche sich auf das gesetzliche Princip, die Testamente, so viel nur immer möglich ist, bei Kräften zu erhalten, und darauf, daß bedingte Erbeinsetzungen im Allgemeinen gesetzlich gestattet sind, l. 101. D. 35. 1., stützt, (wogegen auch §. 9. J. 2. 14. nichts entscheiden könne, weil da nur Erbeinsetzung ad certum tempus ausgeschlossen sey: heres pure et sub conditione institui potest, ex certo tempore aut ad certum tempus non potest), ist gleichwohl durch überwiegende Gründe widerlegt, weil sie mit dem absoluten Grundsatze: semel heres semper heres durchaus nicht bestehen kann, und diesen muß die Gesetzgebung nothwendig festhalten, weil die rechtliche Rücksicht auf die Gläubiger keine Ungewißheit darüber, wer eigentlich Erbe sey, gestattet, daher die Stabilität des Erben ein unerläßliches Postulat an eine vernünftige Gesetzgebung ist, l. 88. D. 28. 5., wovon nach l. 15. §. 4. D. 29. 1. nur das Soldatenprivilegium eine Ausnahme macht, s. Thibaut im civil. Archiv Bd. V. no. 13. Bd. VII. no. 19., Sell Versuche Bd. II. S. 254., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 434. not. 1. womit auch die meisten Lehrbücher, z. B. Mühlenbruch, Mackeldey, Fritz in seiner Ausg. des Wening'schen Lehrb., Puchta u. A. m.

---

*) Z. B. der Testator sagte: „ich setze meinen Vetter S. zum Universalerben ein, jedoch nur bedingt bis zum Ausgang des über meinen Bruder verhängten peinlichen Prozesses, welcher, wenn er für unschuldig erklärt wird, mein ganzes Vermögen als einziger Erbe haben soll." Dies soll nun so genommen werden, als hätte der Testator gesagt: ich setze den S. unter der Bedingung ein, wenn mein Bruder nicht für unschuldig erklärt wird; außerdem soll dieser, mein Bruder, Universalerbe seyn.

übereinstimmen; s. auch Francke Recht der Notherben S. 45., v. Hartitzsch Erbrecht §. 381., Hunger Erbrecht §. 80.

Zu 4) Verneinend entscheidet in Ansehung adoptirter Kinder l. 51. §. 1. D. de legat. II. (31.) — l. 76. D. 35. 1. — Voet Comm. ad Pand. Lib. 36. tit. 1. §. 13—16., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 454. (65.) Ob uneheliche für eheliche Kinder dabei eintreten können, soll nach dem Sinne des Disponenten und den Umständen beurtheilt werden; l. 11. D. 28. 8.

Zu 5) l. 12. §. 1. D. de legat. I. (30.) entscheidet folgenden Fall: „wenn Jemand in seinem Testamente, das er zu Rom auf dem Sterbebette gemacht hat, seinem Erben auferlegte, Sklaven, die er zu Gades hatte, 3 Tage nach seinem Tode mir zu geben, so ist das Vermächtniß giltig, und die Kürze der Zeit thut demselben keinen Eintrag." Die l. 6. D. 28. 7. entscheidet einen ähnlichen Fall: si quis ita institutus sit, „si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset," cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit, conditionem evanescere quasi impossibilem. Beide Fälle sind nur insofern verschieden, daß der erste ein Legat unter einer Zeitbestimmung, der zweite eine Erbeinsetzung unter einer Zeitbedingung, welche unmöglich ist, enthält; aber da wie dort bewährt sich die Regel: daß durch Beifügung irgend einer unmöglichen Aufgabe nicht die Einsetzung selbst wegfällt, sondern nur das, was der Möglichkeit widerspricht, also dort die Zeitbestimmung, hier die Zeitbedingung; Puchta Pand. §. 475., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 360.

Zu 6) Ist sie alternativ cumulirt, so braucht der Honorirte keine von beiden zu erfüllen, l. 8. §. 5. D. 28. 7.; ist sie cumulativ verbunden, so muß die zulässige Bedingung erfüllt werden; l. 8. §. 4. eod.

Zu 7) Daß dem substituirten Erben die Caution geleistet werden müsse, ist gegen Donell. Comm. T. VIII. c. 33. §. 21. u. Thibaut System §. 954., welche sie blos einem Miterben geleistet wissen wollen, fast von Allen anerkannt, s. Roßhirt von Vermächtnissen Bd. I. S. 382.: wenn aber Manche, s. z. B. Arndts Beitr. zu verschiedenen Lehren d. Civilr. u. Civilproc. Bd. I. S. 183., Mühlenbruch Lehrb. §. 650. not. 3., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 155., auch Intestaterben desfalls Caution zu fordern berechtigt hatten, und zwar besonders wegen Nov. 22. c. 44. §. 9. (denn die gleichfalls dafür angezogene l. 18. D. 35. 1. berührt diesen Fall gar nicht), so wird man aus den besonders von v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 436. ausgeführten Gründen Bedenken tragen müssen

hierin beizustimmen, denn die Nov. 22. c. 44. fordert nur für einen besonderen Fall, nämlich bei der conditio viduitatis, die Leistung der Caution an die Intestaterben; im Allgemeinen aber ist nach l. 4. §. 1. l. 20. D. 28. 7. anzunehmen, daß, wenn weiter kein testamentarischer Erbe vorhanden ist, welchem Caution geleistet werden kann, die Bedingung als eine unmögliche wegfalle. Die Bestimmung der l. 18. D. 35. 1., wonach die cautio Muciana demjenigen zu leisten ist, ad quem jure civili, deficiente cautione, id legatum eave hereditas pertinere potest, scheint daher nicht auf Intestaterben ausgedehnt werden zu können, weil, so lange es nicht entschieden ist, daß die Testamentserbfolge wegfällt, Niemand als nächster Intestaterbe rechtlich in Betracht kommen kann; l. 39. D. 29. 2. — l. 8. C. 6. 59., vergl. l. 2. §. 6. l. 5. D. 38. 16. Ueber mehrere einschlagende Fragen s. Zimmern Comm. de Muciana cautione. Heidelb. 1818., Höpfner's Instit. Comm. §. 491., wo gegen Becmann und Büchner dargethan wird, daß die Mucianische Caution bei affirmativen Bedingungen durchaus nicht, sondern nur bei potestativen negativen Bedingungen stattfinde. Wenn aber Höpfner weiter argumentirt: weil diese Caution nur bei solchen Bedingungen potestativ-negativer Art stattfindet, quae non nisi morte eorum, quibus aliquid relinquitur, finiuntur, so finde sie dann nicht statt, wenn es schon bei Lebzeiten des bedingt Honorirten gewiß werden kann, daß er das nicht thun könne, was er unterlassen soll; z. B. wenn die testatrix gesagt hat: ich vermache meiner Schwiegertochter 1000 Thlr. unter der Bedingung, daß sie sich von ihrem Manne nicht scheide, so falle die Caution weg, weil ja der Mann eher sterben könne, als die Frau, wo es demnach schon bei Lebzeiten der Honorirten gewiß werden kann, daß sie sich nicht von ihrem Manne scheiden werde, ergo haec conditio ante mortem legatarii finiri potest, so möchte sich dies mit Grund bezweifeln lassen, denn der Sinn der Bedingung kann doch wohl nur der seyn: die Frau lasse sich nicht scheiden bis zum Tode, und es ist dann gleichviel, auf welcher Seite sich der Tod ereignet; l. 67. D. 35. 1.

Zu 8) Nach der herrschenden Lehre ist anzunehmen:

a) bei Erbeinsetzungen absorbirt die unbedingte als die plenior die bedingte, und die mehreren Bedingungen werden als alternativ beigefügt angenommen; l. 27. §. 1. 2. l. 67. D. 28. 5. — l. 17. D. 28. 7.;

b) bei Vermächtnissen nimmt man stets die letzte Disposition als die giltige an; l. 12. §. 3. D. de legat. I. (30.) — l. 40.

§. 2. l. 87. l. 89. D. 35. 1. — Schweppe röm. Privatr. Thl. V. §. 794., v. Vangerow a. a. O. §. 434. Eigenthümliche Ansichten über alternative Bedingungen hat Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 375 ꝛc. aufgestellte und in Bd. XV. S. 237 ꝛc. verfolgt, s. dagegen Arndts ebendas. Bd. XIII. S. 293., Bd. XIX. S. 355., v. Vangerow in Richter's kritisch. Jahrbüchern Bd. III. S. 571., Mayer im Erbrecht Bd. I. S. 56.

Zu 9) Die Clausel, vermöge welcher diejenigen, welche vom Testator als Erben oder Legatare bedacht sind, das ihnen Hinterlassene verlieren sollen, wenn sie seinem Willen nicht entsprechen, insbesondere gegen das Testament Streit erheben, sollte nach der Meinung mehrerer, namentlich älterer Juristen im Fall eines gerechten Streites keine Kraft haben; s. Voet Comm. Lib. 34. tit. 6. no. 3., Kind Qu. for. T. I. c. 62., Müller Promt. jur. T. I. pag. 619. Allein schon Averanius in Interpret. jur. T. I. pag. 29. hat darauf aufmerksam gemacht, daß der vom Testator gesetzte Verlust nichts mit dem in den Gesetzen angedrohten gemein habe, und daß es sich bei ersterem blos um die Willensmeinung des Testirers handle, welche, sofern sie den Gesetzen nicht zuwiderläuft, zum Vollzug zu bringen ist. Diese Meinung ist auch gemäß l. un. C. 6. 41. von den meisten neueren Rechtsgelehrten angenommen; s. Geiger und Glück Rechtsfälle Bd. III. S. 50., Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 392., Seuffert Pand. Bd. III. §. 275., Schweppe röm. Privatr. Thl. V. §. 945., Erk. d. O.-A.-G. in München in Seuffert's Archiv Bd. III. S. 209.

---

§. 149.

B. Modus (Zweckbestimmung).

1) Berechtigt der im Testament gebrauchte Ausdruck „Bedingung" den Richter, ohne Weiteres eine wirkliche Bedingung anzunehmen, oder muß er dessen ungeachtet die Entscheidung nach dem wesentlichen Unterschied und den Kennzeichen des modus und der conditio bemessen?

2) Ein Testator verordnete: a te peto, Titi, fideique tuae committo, uti curam condendi corporis mei suscipias, et pro hoc tot aureos e medio praecipito. Titius besorgte nun das Begräbniß, ohne die angewiesene Anzahl Goldstücke ganz zu verbrauchen; gehört nun der Ueberschuß dem Titius, oder muß er ihn dem Erben abliefern?

3) A. vermacht seines Bruders Kindern 36,000 Fl., mit dem Befehl, daß die Zinsen bis zu deren Großjährigkeit zu Kapital angelegt werden sollen. Die Mutter derselben sieht sich späterhin durch Vermögensverluste außer Stand, die Kinder zu erhalten und auszubilden, und verlangt deswegen die Interessen zu diesem Zwecke; darf diesem Begehren entsprochen werden? Ist die Vorschrift des Testirers als ein modus oder als nudum praeceptum anzusehen?

Mehreres s. Bd. I. §. 41.

Zu 1) Der deutsche Sprachgebrauch ist zu schwankend hierin, um ihn als entscheidend annehmen zu können; z. B. M. vermachte den Kindern des N. 500 Louisdors, „mit der Bedingung jedoch, daß sie den Namen M. zu dem Ihrigen nehmen und führen."

Gewiß wurde hier mit Recht nicht eine conditio, sondern ein modus angenommen; s. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I. S. 24.

Zu 2) Die l. 88. §. 1. D. de legat. II. (31.) erkennt in dieser Disposition nicht sowohl ein legatum sub modo, als vielmehr einen simplen Auftrag, und deshalb den Beauftragten verbunden, den Ueberschuß den Erben abzuliefern.

Zu 3) Linde in s. Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. V. no. 18. nimmt an, daß jede Auflage an den Empfänger, welche nicht conditio im eigentlichen Sinne und nicht eine eigentliche datio ob causam ist und Jenen zu irgend einem Thun oder Lassen anweist, als modus zu betrachten sey, l. 4. §. 1. D. 8. 1., daß aber in dem vorliegenden Falle, wo an der Erfüllung des modus kein Dritter ein Interesse hat, die Erfüllung oder Nichterfüllung vom Verpflichteten abhänge und einem nudo praecepto gleichstehe, bezüglich l. 71. pr. D. 35. 1. — l. 13. §. 2. D. 24. 1. — Thibaut System §. 130., weshalb der mehrmals abgewiesenen Mutter zuletzt unter der Voraussetzung willfahrt wurde, daß die mit dem Legat bedachten lebenden Kinder resp. deren Vormünder in die Verwendung der Zinsen aus den 36,000 Fl., insoweit sie zu deren Erhaltung und Erziehung nöthig, einwilligen, und für allenfallsige postumos genügende Sicherheit vorhanden sey.

---

§ 150.

C. Dies (Zeitbestimmung).

Nächst den allgemeinen Grundsätzen (vergl. Bd. I. von Zeitbestimmungen §. 42.), daß

a) bei Erbeinsetzungen ein dies certus a quo vel ad quem keine Wirkung hat, §. 9. J. 2. 14., sondern die Erbschaft ohne Aufschub und ohne Beschränkung der Dauer gilt, dies incertus aber als conditio wirkt,*) s. Braun Erörter. zu Thibaut §. 805. gegen Schömann Handb. Bd. I. S. 362.;

b) bei Legaten hingegen ein dies certus nicht die Erwerbung, folglich auch nicht die Transmissibilität, sondern nur das Klagrecht aufschiebt, l. 5. pr. D. 36. 2. — l. 49. §. 1—3. D. de legat. I. (30.); ein dies incertus aber, es sey nun an vel quando, als Bedingung gilt, ausgenommen, wenn der eigene Todestag des Honorirten als Zeitpunkt festgesetzt ist, kann noch in Frage kommen:

1) wenn der Testirer sich unbestimmt ausgedrückt hat, z. B. N. soll in 8 Jahren 1000 Fl. erhalten, oder Serverus et Victorina in annos octo liberi sunto, sind diese 8 Jahre von der Testamentserrichtung oder vom Todestag des Testirers an zu rechnen?

2) wenn der Testirer ein gewisses Alter des Honorirten festgesetzt hat, gilt dann annus coeptus oder impletus?

Zu 1) Nach l. 41. §. 15. D. 40. 5. soll die Zeit von dem Act des Testirens an gerechnet werden, nisi aliud voluisse testator probaretur.

Zu 2) Man nimmt an, daß das festgesetzte Jahr vollendet seyn müsse; l. 49. pr. §. 3. D. de legat. I. (30.) — l. 48. D. 35. 1. — l. 5. C. 6. 53. — l. 22. D. 36. 2. Dem steht l. 74. §. 1. D. 36. 1. nicht entgegen, weil da die Festsetzung sich auf den besonderen Wortlaut des Testaments gründet: cum ad annum 20 pervenisset; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 230.

---

*) l. 38. pr. D. 28. 5. — l. 9. C. 6. 24. — l. 75. D. 35. 1. — l. 4. pr. l. 21. D. 36. 2. Mehreres hierüber s. Kap. X. über Nebenbestimmungen, zu Fr. 1.

§. 151.

5. Aeußere formelle Erfordernisse der Testamente.*)

Inst. II. 10. de testamentis ordinandis. Dig. XXVIII. 1. qui testamenta facere possint et quemadmodum testamenta fiant. Cod. VI. 23. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur.

A. In Ansehung der relmäßigen Privattestamente.

a) Von Testamentszeugen.

1) Daß Frauenzimmer keine Solennitätszeugen seyn können. §. 6. J. 2. 10. — Notar.-Ordn. Tit. von Testamenten §. 6., daß die Männer von anerkannter Integrität seyn sollen,**) ut sint viri bonae opinionis, Nov. 90. c. 1., vergl. Marezoll über bürgerliche Ehre S. 222., daß Wahnsinnige (außer in lichten Zwischenräumen, l. 20. §. 4. D. 28. 1.) und die ihnen gleich geachteten Verschwender, l. 18. D. 28. 1. und Unmündige wegen mangelnder Verstandesreife, §. 6. J. 2. 10., sowie Taube und Stumme wegen physischer Unfähigkeit, sofern nämlich diese Mängel zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden waren, l. 22. §. 1. D. 28. 1. von der Zeugschaft ausgeschlossen sind, unterliegt keinem Zweifel; können aber Blinde nicht doch bei einem mündlichen Testament als Zeugen gelten? oder auch Harthörige?
2) Daß Hauskinder des Testators nicht giltige Zeugen seyn können, ist wohl einleuchtend, und eben so vice versa, §. 9. J. 2. 10. — Notar.-Ordn. a. a. O. §. 6.; kann aber der Vater nicht doch giltiger Zeuge bei einem Testament des filiusfamilias über sein peculium castrense seyn?
3) Sind Legatare und Fideicommissare oder auch Verwandte des eingesetzten Erben giltige Zeugen?

---

*) Ueber den Unterschied zwischen testamentum nuncupativum, scriptum und nuncupativum in scripturam redactum, s. Glück P.-C. Bd. XXXIII. S. 329. u. Arndts Pand. §. 485.

**) Speciell ausgeschlossen sind verurtheilte Pasquillanten, l. 18. §. 1. D. 28. 1. — l. 21. pr. D. 22. 5., und die wegen Ehebruchs Verurtheilten, l. 14. D. 22. 5. — Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 815. Von Häretikern mag wohl h. z. T. nicht mehr die Rede seyn. Notorische Zinswucherer sind von der Testirfähigkeit durch c. 2. de usur. in VIto. (5. 5.) ausgeschlossen, wobei es indessen auf richtige Bestimmung des Begriffs ankommen wird.

4) Macht die Zuziehung von Einwohnern der im Testament mit einem Vermächtniß bedachten Gemeinde als Zeugen dasselbe ungiltig?
5) Ist es ein nothwendiges Erforderniß zur Giltigkeit eines Testamentszeugen, daß er den Testator kennen muß?
6) Schadet der Mangel der Fähigkeit eines Testamentszeugen auch dann, wenn dieser Mangel bei der Testamentserrichtung nicht bekannt war?
7) Wenn bei Errichtung des Testaments eine Verletzung des Erfordernisses der Einheit der Zeit, des Orts und der Handlung [unitas actus] dadurch entstanden ist, daß einer der Zeugen durch Krankheit genöthigt war, sich zu entfernen, wie kann diesem abgeholfen werden?
8) Sind Zeugen schuldig, bei einem mündlichen Testament den Namen des Erben aufzuzeichnen?
9) Kann der Beweis der Falschheit einer Testamentsurkunde durch die in derselben selbst unterschriebenen Zeugen geführt werden?
10) Ist das Testament, welches den zur Zeit seiner Errichtung vorgeschriebenen, aber nicht den durch spätere Gesetze bestimmten Formalitäten entspricht, auch dann giltig, wenn der Testator erst nach Promulgation der letzteren gestorben ist?
11) Gilt das Testament durchaus nicht, falls die Zeugen nicht ausdrücklich bescheinigt haben, daß die Unterzeichnung des Testators in ihrer Gegenwart geschehen sey?
12) Ist es erforderlich, daß die Testamentszeugen sowohl active als passive Testamentsfähigkeit besitzen?

Zu 1) In der Theorie ist diese Frage sehr bestritten. Die bejahende Meinung stützt sich vorzüglich darauf, daß die Gesetze ausdrücklich nur die Tauben und Stummen ausschließen, und wenn es in l. 9. C. 6. 23. heißt: Si testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet, so sey dies nur so zu verstehen, daß die Signatur Angesichts des Testators vor sich gehen müsse, aber nicht auch, daß die Zeugen nothwendig den Testator sehen müßten; s. die Lehrbücher von Thibaut §. 829., v. Wening-Ingenheim §. 447., Schweppe §. 815., Mackeldey §. 640., Höpfner Institt. §. 445., Hunger Erbrecht §. 35., Cocceji jus controv. Lib. 28. tit. 1. qu. 11., Marezoll in Linde's

Zeitschr. Bd. IV. S. 58., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 444. not. 1., Laurich (Pr. Schott) D. de coeco idoneo in testamentifactione teste. Lips. 1773., Matthiae D. de testimonio coeci et surdi in testam. Erford. 1693. Dagen wird aber eingewendet: man könne die l. 9. cit. unmöglich blos so verstehen, daß nur der Testator die Zeugen sehen müsse, denn damit würde man, wenn man nicht sehr willkürlich die Worte in conspectu mit in praesentia vertauscht, gegen die Gesetze, s. l. 8. C. 6. 22., behaupten, daß ein Blinder gar nicht testiren könne, die Gesetze fordern perfectissima veritas, l. 32. C. de fideic. (6. 42.), und legen insbesondere beim Testament eines Blinden ausdrücklich auf die augenscheinliche Ueberzeugung der Zeugen das Gewicht, ne locum quidem ullum relinquat insidiis *tot oculis spectata*, tot sensibus insinuata in coecis testandi licentia, welches so wesentlich bei allen Testamenten ist, um Betrügereien durch Unterschiebung einer andern Person anstatt des vermeintlichen, aber schon todten Testirers, dergleichen schon manchmal vorgefallen sind, zu verhüten. Um consequent zu seyn, müßte man, wie Lehr in Günther und Hagemann's Archiv Bd. V. no. 10. und Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 762., auch ein vor 7 blinden Zeugen mündlich errichtetes Testament für giltig erkennen, was doch gewiß nicht angeht. Für diese Meinung entscheidet daher nach dem Zeugniß vieler Schriftsteller der Gerichtsbrauch, s. Glück Thl. XXXIV. S. 295. und die in not. 88. u. 89. citirten Autoren, Hagemann a. a. O. Bd. I. S. 198., Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. II. S. 182., womit die Lehrbücher von Seuffert Bd. III. §. 524., Mühlenbruch §. 660., Puchta §. 465., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1263. übereinstimmen. Ein Harthöriger ist unter Voraussetzung der Nachweisung, daß von ihm die Willenserklärung des Testirers gehört und verstanden worden sey, als Testamentszeuge nicht zu verwerfen; s. Strippelmann's Entsch. d. O.-A.-G. in Cassel Bd. IV. H. 1.

Zu 2) Ulpian bejaht diese Frage in l. 20. §. 2. D. 28. 1., wogegen sie Justinian in §. 9. J. 2. 10. bestimmt verneint. Mehrere geben hier den Pandecten, Andere den Institutionen den Vorzug; vergl. Glück Thl. XXXIV. S. 371. Eine Vereinigung beider Stellen findet Schrader im Corp. jur. civ. T. I. pag. 294. darin: si Digesta de milite, Institutiones de milite dimisso testante accipis: constat enim, illum multis privilegiis frui. So auch Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 298. in nota (Ed. 3.), v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 444. no. 5. Ohne Einfluß auf die Fähigkeit der Testamentszeugen ist es, wenn sie unter sich in einem Verhältniß der väterlichen Gewalt

stehen; §. 8. J. 2. 10. — l. 17. D. 22. 5. — l. 22. pr. D. 28. 1. Ueberhaupt kommt es in Beurtheilung ihrer Fähigkeit nur auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung an; l. 22. §. 1. D. 28. 1.

Zu 3) Es fehlt zwar nicht an Rechtsgelehrten, welche ein Testament sogar dann für ungiltig erkennen, wenn ein naher Verwandter, z. B. der Bruder des eingesetzten Erben oder Legatars, als Zeuge zugezogen worden ist, s. Stryck caut. test. cap. 15. §. 28., Struv. Ex. 32. §. 13., v. Hohnhorst Jahrbücher des Großherzogl. Badenschen Oberhofgerichts zu Mannheim Bd. I. S. 171. u. 275. Bd. IV. S. 1. Bd. VI. S. 128.; allein gemeinrechtlich ist nur der Erbe selbst von der Zeugenschaft ausgeschlossen (was auch von dem heres ex re certa gelten muß, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 768.), ein Verwandter aber nicht, sondern nur wer in potestate ist; §. 10. J. 2. 10. — l. 20. pr. D. 28. 1. — l. 22. C. 6. 23. Die Zulässigkeit der Legatare und Fideicommissare spricht bestimmt aus §. 11. J. 2. 10.; s. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. II. S. 189., Walch l. c. pag. 298., Glück Thl. XXXIV. S. 366. Ihre Zeugenschaft gilt demnach bei einem mündlichen, wie bei einem schriftlichen Testament, s. Gebr. Overbeck Meditt. Thl. IV. S. 19. u. 355.

Zu 4) Nach richtiger Unterscheidung zwischen der Gemeinde als juristischer Person und den Gemeindegliedern und Angehörigen als einzelnen physischen Personen kann ein solches Testament nicht für ungiltig erkannt werden; s. Archiv für das Civil- und Criminalr. der Königl. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XIII. Abthl. 1. S. 27.

Zu 5) Nicht sehen und nicht kennen ist einerlei, sagt Lehr in Günther und Hagemann's Archiv V. S. 617. cit. über die Frage: ob ein Blinder bei einem Testament Zeuge seyn könne, und consequent behaupten Glück Thl. XXXIV. S. 305. u. Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 1. §. 24., die sämmtlichen Zeugen müßten den Testator kennen. Allein so gewiß es ist, daß die Zeugen sich von der Identität der Person überzeugen müssen, so wenig wird behauptet werden können, daß dies auf keine andere Weise möglich sey, als wenn sie den Testator schon vorher gekannt haben, und da — wohl eben deswegen — kein Gesetz dieses fordert, so kann man wohl unbedenklich denjenigen beistimmen, welche es für genügend halten, wenn nur einige der Zeugen den Testator persönlich kennen, und wenn Streit und Zweifel über die Identität hinterher entstehen sollte, diese auf die gewöhnliche Weise zur Hebung bringen lassen; s. Westphal Theorie des R. R. von Testamenten §. 153., Madihn Princ. jur. Rom. de success. §. 70., v. Hartitzsch Erbrecht §. 58., Marezoll

in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 429., v. Vangerow a. a. O. §. 444. no. 6.

Zu 6) l. 1. C. 6. 23. u. §. 7. J. 2. 10. läßt in einem solchen Falle das Testament bestehen, wo ein Sklave, qui omnium consensu liberorum loco fuit, als Zeuge irrthümlich adhibirt wurde, während ihm noch nicht controversia de statu erhoben war. Nicht unzweifelhaft ist zwar die Anwendung dieses Gesetzes auf andere Fälle, indessen scheint die gemeine Meinung sich dafür entschieden zu haben, weil ebendasselbe auch bei einem ähnlichen Irrthum in Verträgen in l. 3. pr. D. 14. 6. statuirt wird, s. Glück Thl. XXXIV. S. 342., v. Vangerow a. a. O. §. 444. S. 146.

Zu 7) Dadurch, daß ein anderer Zeuge für ihn eintritt, welcher aber auch testis rogatus seyn muß (denn eine zufällig anwesende Person kann ihn nicht ersetzen, s. Glück Opusc. Fasc. I. no. 9., Braun Erörter. zu Thibaut §. 740.), und welcher bei Antretung seiner Function sich von dem Testator und den übrigen Zeugen die Versicherung geben lassen muß, daß alles bisher Geschehene gehörig in ihrer Gegenwart vorgegangen sey; l. 28. pr. C. 6. 23. — Notariatsordn. a. a. O. §. 7. u. 9. Mehreres s. Marezoll über die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes, des Tages rc. in Linde's Zeitschr. für Civilr. u. Proceß Bd. IV. S. 54.; s. auch Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung im Großherzogthum Baden von Duttlinger Bd. I. S. 247. Bd. III. S. 65. u. 250. u. Seuffert's Archiv XIII. No. 45. Solche Unterbrechungen, welche die Leibesnothdurft und den Körper- oder Gesundheitszustand des Testators oder der Zeugen betreffen, schaden übrigens der Giltigkeit des Testiractes nicht; s. Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 7. [Daß die Zeugen in conspectu testatorio standen, ist nicht unbedingt erforderlich; Seuffert's Archiv XV. No. 196. in Verb. mit XIII. No. 45.]

Zu 8) Gegen Claproth verneint Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Thl. IV. S. 234. diese Frage, welche h. z. T. in Praxi kaum mehr vorkommen wird.

Zu 9) Die Glaubwürdigkeit der Zeugen ist in einem solchen Falle völlig aufgehoben, daher der Beweis durch andere Mittel geführt werden müßte, s. Duttlinger's Archiv Bd. I. S. 262., v. Hohnhorst Jahrbücher Bd. III. S. 65. u. 250.

Zu 10) Die bereits im Bd. I. S. 47. angeführte Nov. 66. cap. 1. pr. §. 4. u. 5. entscheidet für die ungeschwächte Giltigkeit des Testaments; s. auch Journal für Gesetzkunde und Rechtsgelehr-

samkeit von Lassaulx Jahrg. I. Bd. II. S. 221., Jahrg. II. Bd. I. S. 219. 223. 235.

Zu 11) Wenn die Zeugen nicht ausdrücklich bescheinigt haben, daß die Unterzeichnung des Testators in ihrer Gegenwart geschehen, so muß dieser Umstand besonders bewiesen werden; s. Strippelmann a. a. O.

Zu 12) Beides erfordert die Notariatsordn. a. a. O. §. 6.; indem sie aber doch nur den römischen Gesetzen folgen wollte, §. 6. J. 2. 10., unterliegt sie einer Berichtigung, indem der Ausdruck: „cum quibus testamentifactio est" nur von der passiven Testamentifaction gebraucht wurde; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 764.

---

§. 152.

b) Andere Förmlichkeiten.

1) Gilt ein zur nächtlichen Zeit ohne Lichter errichtetes Testament?
2) Inwiefern ist die Unterschrift des Testators und das Vorlesen des Testaments zur Giltigkeit desselben unerläßlich?
3) Ist die subscriptio statt der sonstigen superscriptio genügend?
4) Bekanntlich muß der des Schreibens unfähige Testirer einen octavus subscriptor beiziehen, rücksichtlich dessen mit v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 445. und Konopack Institt. des röm. Privatr. §. 344. not. 1. wohl zu beachten ist (was auf dessen nöthige Eigenschaften von Einfluß ist), daß er nicht als octavus testis,*) sondern nur als octavus subscriptor in den Gesetzen erfordert wird. Da aber die Notariatsordn. a. a. O. §. 7. sagt: „wo er (Testirer) nicht schreiben könnt oder alsdann nicht möcht," fragt sich, ob es nicht überhaupt von des Testators Willkür abhänge, entweder selbst zu unterschreiben oder von einem octavus subscriptor unterschreiben zu lassen?

---

*) Daher wird auch von ihm die Beidrückung seines Siegels ebensowenig erfordert, als dies der Testator selbst nöthig hat, s. Erk. d. O.-A.-G. in München in Seuffert's Archiv Bd. IV. S. 113., Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Thl. I. S. 344.

5) Auch darüber wird gezweifelt, ob der gedachte subscriptor seinen oder des Testirers Namen zu unterschreiben habe?
6) Dürfen die Zeugen auch mit fremdem Petschaft siegeln?
7) Gilt das Testament, wenn eine altersschwache kranke Person sich zur Bewerkstelligung ihrer Unterschrift die Hand führen läßt?
8) [Ist ein schriftliches Testament als ein mündliches aufrecht zu erhalten?]

Zu 1) Die l. 22. §. 6. D. 28. 1. sagt zwar: posse et nocte signari testamentum, nulla dubitatio est, weshalb auch Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 312. behauptet: noctu testamentum condi potest. Die Notariatsordn. Tit. von Testamenten §. 24. hingegen: „Die Notarien sollen nicht bei Nacht, denn allein aus ehehaften Ursachen, Instrument machen, dieweil solches nicht ohne Verdächtlichkeit geschehe.“ Diejenigen Rechtsgelehrten, welche ein solches Testament absolut verwerfen, gründen sich auf die schon berührte Voraussetzung, daß die Zeugen den Testator sehen müßten; s. Mühlenbruch Lehrb. §. 659. not. 12., Hagemann und Günther's Archiv Thl. I. S. 201. Den angeführten Gesetzen nach scheint es aber gemäßer, mit Madihn Princ. jur. Rom. de successionibus §. 70. zu sagen: testamentum noctu absque luminibus confectum suspicionem falsi habet, quae per probationem contrarii elidi debet. Die Meinung Einiger, daß drei Lichter brennen müßten, welche auf einer unpassenden Anwendung der l. 1. §. 10. D. de inspic. ventre (25. 4.) beruht, s. Jason Cons. L. III. c. 50. et alii, gleicht einem juristischen Scherz.

Zu 2) Die Regel ist: wenn der letzte Wille bei der Errichtung selbst niedergeschrieben wird, sey das Testament schriftlich oder mündlich, so muß es vor dem Testator und den Zeugen vorgelesen werden, s. Notariatsordn. a. a. O. §. 5.*), ist es aber vorher schon

*) Daß dies geschehen sey, muß auch ausdrücklich im Testament bemerkt seyn; doch sind die Ansichten darüber verschieden, ob diese Unterlassung ohne Weiteres die Nullität des Testaments zur Folge habe, s. v. Hohnhorst Jahrbücher des Badischen Oberhofgerichts Bd. VII. S. 149., Archiv für das Civil- und Criminalr. d. Preuß. Rheinprovinzen Bd. IX. S. 105., Lassaulx Journal für Gesetzkunde und Rechtsgel. Bd. II. Jahrgang IV. S. 406., oder wenn zwar bemerkt ist, daß es vorgelesen wurde, aber nicht, daß es in Gegenwart der Zeugen geschehen; Lassaulx a. a. O. Jahrg. II. Bd. II. S. 467. und das citirte Archiv Bd. IX. S. 105., Bd. XI. S. 111.

niedergeschrieben, so genügt es, daß der Testirer die Scriptur vor den Zeugen — welche dann den Inhalt nicht zu wissen brauchen — als seinen letzten Willen erkläre und unterschreibe, worauf dann die Zeugen es gleichfalls unterschreiben und besiegeln müssen; l. 21. pr. C. 6. 23. — §. 5. J. 2. 10. — l. 22. §. 2. u. 5. l. 30. D. 28. 1. — Glück Thl. XXXIV. S. 47., civilist. Archiv Bd. II. S. 190. Bd. VI. S. 226. Es ist daher falsch, wenn hie und da gesagt wird: der Testator müsse das Testament entweder selbst schreiben oder unterschreiben, vielmehr entbindet ihn das Selbstschreiben nur dann von der Unterschrift, wenn er zugleich speciell ausgedrückt hat, daß er Alles selbst geschrieben habe; l. 28. §. 1. C. 6. 23. — Die angeführte l. 21. C. macht es zum Erforderniß, daß die Unterschrift des Testators jener der Zeugen vorangehen müsse, wie es allerdings der Natur der Sache gemäß ist; Glück Thl. XXXIV. S. 466., Arndts Pand. §. 485. Gleichwohl halten Andere dafür: ein Testament, welches ein Zeuge vor dem Testator unterschrieben hatte, sey nicht für ungiltig zu erklären, sofern nur alle 7 Zeugen noch bei der Unterzeichnung des Testators gegenwärtig waren, und dieses bewiesen wird.

Nach besonderen Gesetzgebungen genügt es nicht einmal, wenn das Testament mit Datum und Namen des Testirers anfängt, ohne daß solche am Schlusse wiederholt werden, s. Archiv für Civil- und Criminalrecht d. Preuß. Rheinprovinzen Bd. II. S. 151. Auf einem Blatt befanden sich drei eigenhändige testamentarische Verfügungen, wovon zwei unterzeichnet und datirt waren, die dritte zwar unterzeichnet, aber nicht mit dem Datum versehen, — und es fragte sich, ob das Datum jener auf diese bezogen werden könne? Die Entscheidung lautete verneinend, doch könne die Giltigkeit der ersteren neben der Nichtigkeit der letzteren bestehen. Ebend. Bd. III. Abthl. 1. S. 149., Bd. I. Abth. 1. S. 13. — Ueber die Frage, ob ein unrichtiges Datum das Testament nichtig macht? s. v. Hohnhorst Jahrb. Bd. VII. S. 151.

Zu 3) Zwar verneint dies Spangenberg im civilist. Archiv Bd. V. S. 144., indessen ist diese Meinung, welcher früher auch Schweppe gefolgt war, nicht nur von diesem in der 4ten Ausgabe d. röm. Privatr. §. 816. dahin berichtigt, daß subscriptio oder superscriptio genüge, sondern es ist dieses auch jetzt wieder, wie in früherer Zeit, und auch nach der Notariatsordn. Tit. I. §. 7. allgemein angenommen, s. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. VI. S. 328., Guyet Abhandl. a. d. Gebiet d. Civilr. S. 29., Glück Thl. XXXIV.

S. 442. und die Lehrbücher von Bucher §. 388., Thibaut §. 830. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 447., Seuffert Bd. III. §. 525. u. not. 6., Mühlenbruch Bd. III. §. 477., Valett Bd. III. §. 967. u. not. 96.

Zu 4) Die neueren Rechtsgelehrten betrachten nach vernünftiger Auslegung das Wort „mögen" als synonymon des Könnens, mit der Modification, daß jenes das temporäre, dieses das absolute Nichtkönnen bedeutet; gemäß der lateinischen Version in der neuen Sammlung der Reichsabschiede: vel si ipse scribere nesciat vel tunc non possit, s. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. I. S. 342., Sell Versuche Bd. I. S. 218., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 445. no. 2 a. Nach l. 28. §. 1. C. 6. 23. ist übrigens dann, wenn der Testator das ganze Testament eigenhändig geschrieben und auch im Testament ausdrücklich bemerkt hat, daß er es selbst geschrieben habe, keine weitere Unterschrift, weder des Testirers noch statt seiner eines achten Zeugen nöthig. Obgleich die Notariatsordordnung darüber nichts sagt, so ist doch dessen Geltung nicht zu bezweifeln; s. Glück Thl. XXXIV. S. 415. ꝛc., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 169. not. 10., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 783., Arndts Pand. §. 485.

Zu 5) Nach Carpzov Decis. illustres Saxon. P. II. Dec. 147. hätte der subscriptor octavus nur seinen Namen beizufügen, indessen entspricht dies nur unvollständig der Vorschrift der Notariatsordnung a. a. O. §. 7. „daß derselbe in des Testirers Namen und auf sein Begehren sich unterschreiben soll," s. Gesterding, Sell, v. Vangerow a. a. O.

Zu 6) Zwar schöpft Sell a. a. O. aus der Notariatsordnung a. a. O. §. 1. 7. u. 10. ein Bedenken dagegen, daß sich alle Zeugen eines fremden Petschafts sollten bedienen können, der gemeinen Meinung nach ist dies aber ganz willkürlich, s. Glück Thl. XXXIV. S. 430. u. die Lehrbücher von Thibaut §. 830. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 447. (51.), Schweppe §. 816. not. 7., Mühlenbruch Bd. III. §. 660., v. Vangerow a. a. O. §. 445., Arndts Pand. §. 485. Anm. 3., bezüglich §. 5. J. 2. 10. — l. 22. §. 2. u. 5. D. 28. 1. — l. 12. C. 6. 23.

Zu 7) Streng genommen kann man auch da den octavus subscriptor, wie bei dem Testament der des Lesens und Schreibens unfähigen Person oder eines Blinden mit Heimbach a. a. O. S. 783., vergl. Glück Thl. XXXIV. S. 418. für nöthig ansehen, allein es ist doch ein bedeutender Unterschied zwischen gänzlich mangelnder und

sehr beschränkter Fähigkeit. Da nun die Testamente in den Gesetzen dergestalt begünstigt sind, daß das aequum et bonum obenansteht, l. 17. D. 28. 3. indignum quod sit, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum (daher auch bei einem testamentum ruri conditum zugelassen wird, daß ein Zeuge für einen andern des Lesens und Schreibens Unerfahrenen unterschreiben darf), so wird sich die von Semler in Hagemann und Günther's Archiv Th. II. S. 48. angeführte Entscheidung des Tribunals in Berlin rechtfertigen, daß ein solches Testament nur durch das Hinzukommen anderer Verdachtsgründe verwerflich werde; quod, licet subtilitas juris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex aequo et bono tuenda sit. l. 17. D. 28. 3. Bei Codicillen würde es noch weniger Anstand haben, weil da die Unterschrift des Testators nicht nöthig ist; l. 6. §. 1. D. 29. 7. — l. ult. §. ult. C. 6. 36.

Zu 8) [Bejaht vom O.=A.=G. zu Rostock, falls nur die dazu erforderliche Form vorliegt: Buchka u. Budde Entscheidungen III. S. 260 ff., Mühlenbruch Thl. XXXV. S. 29 ff., Seuffert's Archiv VII. No. 199. XIII. No. 152.]

---

§. 153.

c) Testamente mit verminderten Förmlichkeiten.

1) Was wird an den Förmlichkeiten eines vor 7 Zeugen errichteten Testaments nachgelassen, wenn der Testirer an einer ansteckenden Krankheit darnieder liegt?
2) Gilt die Begünstigung eines testamentum ruri conditum blos für Bauersleute oder für Landbewohner überhaupt, und worin besteht sie?
3) Wem liegt für die Aufrechterhaltung eines testamentum ruri conditum insofern die Herabsetzung der erforderlichen Zahl der Zeugen auf 5 nur bedingt ausgesprochen ist, der Beweis ob? nämlich muß der Testamentserbe beweisen, daß nicht mehrere Zeugen zu haben waren, oder der Gegner, daß mehrere zu haben waren?
4) Insofern der princeps durch die ihm gebührende fides publica der sonst im Landesgesetz vorgeschriebenen Testamentsformalitäten überhoben ist, fragt sich, ob dieses auch bei mediatisirten Fürsten Anwendung finde?

Zu 1) Die Meinungen der Rechtslehrer divergiren vielfach in der Auslegung der hierher gehörigen l. 8. C. 6. 23., s. Moser Versuche über einzelne Theile des bürgerl. Rechts S. 27. Einige statuiren nach Anleitung der Glosse und Gothofred. de test. tempore pestis condit. etc. Opp. min. pag. 627., die unitas *actus* werde nachgelassen; die Zeugen brauchen also nicht in actu vollständig beisammen zu seyn; die Unterbrechung, welche verursacht wird, wenn einer oder der andere Zeuge sich aus Furcht vor der Krankheit entfernt, soll der Giltigkeit des Testaments nicht schaden, wenn die Solennisirung nur bald nachher vollendet wird; s. die Lehrb. von Mackeldey §. 646., Thibaut §. 866. (Ed. 9.), Mühlenbruch §. 689., Seuffert §. 529., Höpfner Instit. Comm. §. 461., Köchy civilist. Erörter. Bd. I. S. 127., Schweppe röm. Privatr. §. 815., Marezoll in Linde's Zeitschrift Bd. IV. S. 79., Glück Thl. XLII. S. 263. Andere halten nach Anleitung der Basiliken XXXV. 2. 8. dafür, die unitas *loci* werde nachgelassen. Wenn nämlich der Testator an einer ansteckenden Krankheit darnieder liegt, und die Zeugen aus Furcht, sich ihm zu nähern, nicht in demselben Zimmer bleiben, so sey eine solche Entfernung, von welcher aus sie ihn gleichwohl sehen und hören können, unschädlich; Cujac. Obs. XXVI. 10., v. Wening=Ingenheim Lehrb. V. §. 130., Puchta Pand. §. 467. (Ed. 2.), v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 444. Diese verschiedenen Meinungen sind vollständig recensirt von Ackermann im civilist. Archiv Bd. XXXII. S. 55., welcher, abweichend von den Meisten, das morbo oppressos in l. 8. C. 6. 23. nicht auf den Testirer, sondern auf kranke Zeugen bezieht, von denen die übrigen Ansteckung zu befürchten haben, daher das jungi et sociari scheuen, weshalb das Gesetz nicht verlange, daß alle Zeugen zugleich versammelt seyen. Hoeck Diss. Observatt. ad l. 8. C. de test. 6. 23. (Lips. 1852.), p. 51 sq. u. p. 61 sq., Heimbach im Rechtsl. X. S. 815 ff., Arndts Pand. §. 488. u. v. Keller Pand. §. 502. Daß an der Zahl der Zeugen etwas nachgelassen sey, wie im Sächs. Recht, Const. Elect. IV. Const. 4. angenommen und von Mehreren auch als gemeinrechtlich behauptet wird, s. Gaill Obs. Lib. II. Obs. 118. no. 18., Leyser Vol. V. Spec. 368. Med. 5., Stryck de cautel. test. Cap. XI. §. 3., Mevius ad Jus Lubec. P. II. Tit. 1. Art. II. no. 44., ist im Gesetz nicht zu finden. Wahrscheinlicher ist wohl die Meinung derer, welche ein eigenes Privilegium für das test. temp. pestis cond. ganz in Abrede stellen, und die l. 8. C. 6. 23. nur in Verbindung mit den in l. 28. C. 6. 23. überhaupt enthaltenen unschädlichen Unter-

brechungen des Testiractes setzen; s. Schweppe a. a. O., Marezoll a. a. O., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 445.

Zu 2) Daß der im Gesetz gebrauchte Ausdruck rustici oder rusticani von Landbewohnern überhaupt zu verstehen sey, geht aus dem gesammten Inhalt der l. 31. C. 6. 23. überzeugend hervor, und deshalb kann man auch nicht wohl annehmen, daß durch die Notariatsordnung v. 1512. Tit. von Testamenten §. 2. verb. „auf dem Gau, wo Bauersleut Testament mächten," eine Abänderung bewirkt werde, s. Marezoll im civil. Archiv Bd. IX. no. 15., Höpfner Instit. §. 462., Mackeldey Lehrb. §. 645., Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 333. (Ed. 3.), v. Keller Pand. §. 501. Der entgegengesetzten Meinung, daß der Testator ein Bauer seyn müsse, sind Schweppe a. a. O. §. 821., Stryck de testam. rusticorum. Diss. T. II. no. 20. u. Brinz Pand. II. S. 159. — Wenn nach der richtigeren Meinung (s. Fritz in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 22.), die l. 31. C. 6. 23. und die Notariatsordnung vereint in Betracht gezogen werden müssen, so daß Erleichterungen, welche jene gewährt, dadurch nicht aufgehoben sind, daß diese darüber schweigt, hingegen Erweiterungen des Privilegs durch die Notariatsordnung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen: so gilt für das mündliche, wie für das schriftliche Testament der Landbewohner überhaupt die Herabsetzung der Zahl der, jedoch allerdings zu rogirenden, Zeugen auf 5. Die in leg. cit. enthaltene Bestätigung älterer örtlicher Gewohnheiten ist zwar h. z. T. nicht mehr anwendbar, wohl aber müssen deutsche Gewohnheitsrechte ihre Giltigkeit behaupten, s. Emminghaus die Lehre vom test. ruri cond. im jetzt Sächsischen Theile Thüringens als Beispiel des in Deutschland geltenden Gewohnheitsrechts, im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 241.

[Die l. 31. cit. verlangt zur Errichtungssolennität bei dem ländlichen Test. „ut ipsi testes cognossant testatoris voluntatem"; hierüber sagt das O.-A.-G. zu Celle (Seuffert's Archiv VIII. No. 62.): „Die letztwillige Disposition kann als ein formell-rechtsbeständiges (schriftliches) test. ruri conditum nicht angesehen werden, weil aus der betreffenden Urkunde nicht hervorgeht, auch nicht behauptet ist, daß den Zeugen der Wille des Testirers kund gethan ist, was gleichwohl ausdrücklich für alle die Fälle geboten ist, wo bei der Errichtung eines test. ruri cond. dem einen oder anderen der zugezogenen Testamentszeugen die Fähigkeit zu unterschreiben mangelt."]

Zu 3) Mehrere glauben den Testamentserben von der Beweislast befreien zu dürfen, indem die Vermuthung für den Mangel an

fähigen Testamentszeugen auf dem Lande streite, und dieser Mangel eben durch die Erlassung an den Förmlichkeiten als der gewöhnliche Zustand vom Gesetz anerkannt sey; um so weniger könne also hier der Beweis einer Negative gefordert werden; Stryck de cautel. testam. Cap. XI. § 9., Brunnemann ad l. fin. Cod. de testam., Philippi D. de testam. hominum ruralium Cap. IV. §. 4., Erk. des Cassations- und Revisionshofs in Berlin in Volkmar Jurisprudenz S. 240. Allein im Gesetz wird es als etwas Zufälliges betrachtet, ob die genügende Zahl von Zeugen auf dem Lande gerade im Fall des Bedürfens zu haben sey, die Existenz dieses bei dem heutigen Stand des Schulwesens seltneren Zufalls muß demnach derjenige, welcher sich darauf gründet, es muß der Testamentserbe immer die genügende Beobachtung der äußeren Testamentsformen beweisen; Wernher Obs. for. T. III. P 2. Obs. 348., Hommel Rhaps. Obs. 352., Höpfner Instit. Comm. §. 462., Marezoll im civilist. Archiv Bd. X. S. 297., Emminghaus das. Bd. XIX. S. 264.

Zu 4) Schon in der vormaligen deutschen Reichsverfassung war es wenigstens nicht unbestritten, ob die deutschen Fürsten bei Errichtung ihrer Testamente den gesetzlichen Formvorschriften unterworfen seyen. Die Literatur über diese Streitfrage enthält ausführlich Gründler Polemik Th. III. S. 447., Runde deutsch. Privatr. §. 679. In Ansehung der zur völligen Souveränetät gelangten deutschen Bundesfürsten mußten wohl die früheren Zweifel verschwinden, und auch die in den neueren Verfassungsurkunden gewöhnlich enthaltene Bestimmung, daß der Fiscus in allen streitigen Angelegenheiten bei den Gerichtshöfen des Landes Recht zu nehmen habe, ist wohl ohne Einfluß auf die inneren Angelegenheiten des Regentenhauses, s. Griesinger Fortf. von Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. IX. S. 142. In Ansehung der s. g. Mediatisirten oder vielmehr Standesherren wird dermalen um so weniger eine schon zur Zeit ihrer Reichsverfassungsmäßigen Landeshoheit sehr zweifelhafte Befreiung unbedingt behauptet werden können, denn, daß sie die privilegirteste Classe im Staatsbürgerverein bilden, kann sie nicht von dessen allgemeinen Gesetzen eximiren, sofern sie nicht ein specielles Privilegium nachweisen können. Ihre durch die landesherrliche Aufsicht beschränkte Autonomie erstreckt sich nicht über das Recht der Familienverträge hinaus, im Allgemeinen aber sind sie den Landesgesetzen unterworfen; s. Deutsche Bundesacte v. 8. Juni 1815. Art. 14. no. 4., Klüber öffentl. Recht d. deutsch. Bundes §. 304., vergl. Mittermaier Grunds. d. deutsch. Privatr. §. 460. (408.) no. 7.,

Maurenbrecher Staatsrecht S. 465., Rudhart das Recht d. deutsch. Bundes S. 206. Damit soll übrigens nur gesagt seyn, daß Standesherren, wenn sie jure communi testiren, die gemeinrechtlichen Vorschriften gleich jedem Andern zu befolgen haben, nicht aber, daß sie gar kein Privilegium in Beziehung auf letztwillige Verfügungen in Anspruch zu nehmen hätten. Wenn nämlich der Art. 14. no. 2. der deutschen Bundesacte ihnen die Befugniß einräumt, „über ihre Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen," so muß dies wohl von Dispositionen Todes halber ebensowohl als von Dispositionen unter Lebenden verstanden werden, denn einschränkende Erklärung vertrüge sich nicht mit dem Geist der Bundesacte, nach welchem den vorher Reichsunmittelbaren nicht mehr abzusprechen ist, als was mit den jetzigen politischen Zuständen absolut unverträglich ist, s. Zöpfl Grundsätze d. allg. u. deutschen Staatsr. (Ed. 4.) Th. II. §. 318. Dann muß aber auch bestimmt und ausdrücklich jener modus privilegiatus durch Vorlage der Disposition an den Souverän und öffentliche Bekanntmachung beobachtet werden.

---

§. 154.

B) Von öffentlichen Testamenten.

1) Während es ausgemacht ist, daß der Testator seinen letzten Willen jedem beliebigen*) Gericht übergeben oder vor demselben erklären kann, l. 19. C. 6. 23., und daß der Richter dabei nicht nothwendig in loco judicii functioniren muß, sondern auch in seiner oder auch in des Testators Wohnung das Testament aufnehmen kann, s. Leyser Sp. 354. Med. 1., Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 167. no. 3., Glück Thl. XXXIV. S. 205—210., Mevii Dec. P. III. no. 195. und die Lehrbücher von Thibaut §. 831. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim §. 451. (56.), Schweppe Bd. V. §. 822.: fragt es sich gleichwohl, ob ein vom Richter außer seinem Gerichtssprengel aufgenommenes Testament gilt? ferner

2) ob das Testament gilt, welches ohne Beiziehung eines Actuars vom Richter aufgenommen worden ist?

---

*) und also wohl auch einem auswärtigen Gericht; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 748.

3) Ob die gerichtliche Insinuation des Testaments durchaus persönlich vom Testator geschehen müsse oder auch durch einen unter gerichtlicher Beglaubigung specialiter Bevollmächtigten bewerkstelligt werden könne?

4) Ob ein testamentum judiciale nuncupativum etwas an seiner Giltigkeit verliere, wenn das darüber aufgenommene Protocoll dem Testirenden extradirt wird?

Anmerkung. Ueber die Frage, ob das von einem des Schreibens und Lesens Unkundigen dem Gericht übergebene Testament giltig sey, wenn es nicht vom Richter dem Testator vorgelesen und hierauf von diesem genehmigt worden ist?*) s. oben §. 143. zu Fr. 7.

5) Findet gegen den Inhalt eines öffentlichen Testaments Zeugenbeweis Statt?

6) [Ist bei dem öffentlichen Testament unitas actus erforderlich?]

Zu 1) In Ansehung dieser Streitfrage stützt sich die bejahende Meinung theils auf den anerkannten Grundsatz, daß Testamente auch vor dem nicht competenten Richter errichtet werden können, theils auf die Betrachtung, daß es sich ja bei diesem Act blos um fides judicialis handle, welche an der Person des Richters und nicht an dem Ort hängt, endlich auf die besondere Vorschrift der l. 1. u. 2. D. 1. 16., welche sich aber freilich nur auf das officium proconsulis bezieht; Leyser Sp. 29. Med. 2. und Sp. 354. Med. 1., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. II. tit. 1. §. 10., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 3. §. 1. not. 2., Wernher T. I. P. I. Obs. 329. no. 5., Boehmer Consult. T. II. P. I. Resp. 647. no. 22., Mevii Dec. P. III. Dec. 195., Stryck de cautel. testam. cap. VII. §. 36., Klein's Annalen Band II. Seite 265., G. L. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle Band III. Seite 226., welcher für diese Meinung die Observanz behauptet. Ebenso v. Keller Pand. §. 479. Allein die meisten neueren Rechtsgelehrten nehmen an, daß ein Richter

---

*) [Da das Protokoll nicht als Solennität erscheine, so sey Vorlesung und Genehmigung zur Geltendmachung eines test. judici oblatum (regelmäßig) nicht erforderlich: O.-A.-G. zu Darmstadt in Seuffert's Archiv IX. No. 308.]

nur in dem ihm angewiesenen Sprengel als Richter gelten könne; Madihn Miscellen Bd. I. S. 113., Höpfner Instit. Comm. §. 443. not. 5 b., Schmidt Rechtssprüche Bd. I. no. 2., Cocceji Controv. jur. civ. Lib. II. tit. 1. qu. 2., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 748., Glück Thl. III. S. 105. ꝛc., Thl. XXXIV. S. 206. mit Beziehung auf l. 36. §. 1. D. 1. 7. — l. 2. pr. D. 1. 16. — l. 17. pr. D. 40. 2. Am angemessensten scheint die Bestimmung des Preuß. Landr. Th. I. tit. 12. §. 73., der Richter wird wegen Ueberschreitung seiner Grenzen bestraft, aber die Disposition selbst bleibt giltig.

Zu 2) Die nächste Entscheidungsquelle liegt wohl in der Ordnung und Verfassung eines jeden Gerichts, sowie auch, wenn das Gericht ein Collegium ausmacht, von demselben die Zahl, sowie die Wahl der abzuordnenden Gerichtsmitglieder abhängt, s. Glück Thl. XXXIV. S. 216., v. Quistorp Beitr. ꝛc. no. 42. S. 611. Abgesehen hiervon ist die Beiziehung eines Actuars nur da nöthig, wo es durch die Landesordnungen vorgeschrieben und der Richter zugleich als Actuar verpflichtet ist, s. Thibaut System §. 831. (Ed. 8.), Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 69., Madihn Princ. jur. Rom. de success. §. 85., v. d. Nahmer Samml. d. merkw. Entscheidungen des Nassauischen Oberappellationsgerichts Bd. I. S. 129., Schweppe' Privatr. Bd. V. §. 822., Lauterbach de testam. judiciali Diss. acad. T. III. no. 133. §. 16. u. 17., Balser de forma testam. judic. externa §. 84—87. Man nimmt sogar an, daß der Richter seine Stelle dem Actuar auftragen könne, und diesfalls das von dem Actuar allein aufgenommene Testament giltig sey; cap. ult. X. de officio et potestate jud. deleg. (1. 29.), Leyser Sp. 354. Med. 3., Walch J. C. pag. 294., Geiger u. Glück Rechtsfälle Bd. I. no. 10. §. 6., Gründler Polemik Bd. III. §. 671. Die Bestimmungen des canonischen Rechts, wonach der Richter immer einen Actuar oder wenigstens zwei Zeugen zuziehen müßte, ne unius judicis verbo credatur, haben in Deutschland wenig Eingang gefunden, denn schon in der älteren Praxis wurde nach dem Grundsatz erkannt, daß bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Richter zugleich die Stelle des Actuars versehen könne; Leyser Sp. 71. Med. 5., Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. X. pag. 80., Struben rechtliche Bedenken Th. II. S. 171., Boehmer Cons. T. III. P. III. Resp. 497. no. 11.; und es wird sogar behauptet, daß Personen, denen nur fides protocolli zusteht, nach gem. Recht giltig Testament aufnehmen können, s. Elvers und Bender allgem. jurist. Zeitschr. Bd. II. S. 226.

Zu 3) Sehr viele ältere Rechtsgelehrte bejahen diese Frage, weil die Gesetze bei Testamenten keine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen machen, vielmehr in l. 2. C. 6. 32. sogar die gerichtliche Uebergabe des väterlichen Testaments durch den Sohn als unbedenklich angesehen wird. Dafür wird sogar allgemein eine entschiedene Praxis behauptet, s. die in Glück Thl. XXXIV. S. 191. zu findende reiche Literatur. Dafür scheint auch die Analogie des testam. Principi oblatum, s. tit. Cod. de prec. Imperatori offer. (1. 19.), zu sprechen, mit welchen die gerichtlich offerirten Testamente in Eine Klasse gesetzt sind; l. 19. C. 6. 23. Diesem gemäß wurde auch in Schmidt's hinterlassenen Abh. prakt. Rechtsmaterien Thl. II. no. 108. die Giltigkeit eines von zwei Ehegatten errichteten gegenseitigen Testaments, dessen gerichtliche Uebergabe aber nur durch den Mann bewerkstelligt worden war, ausgesprochen, wogegen indessen schon die Analogie des außergerichtlichen Testaments, bei welchem die Person des Richters durch die Zeugen ersetzt wird, streitet; denn da müssen die Zeugen von beiden Ehegatten rogirt werden, und sie müssen bei ihrer Unterschrift bemerken, daß sie im Namen beider Testirenden als von ihnen hierzu erbetene Zeugen unterschrieben und besiegelt haben; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 60., Mackeldey Lehrb. §. 649. Auch G. L. Böhmer vertheidigte in s. Rechtsfällen Bd. III. S. 542. die Giltigkeit eines per procuratorem übergebenen Testaments, in welchem die testatrix selbst gesagt hatte, daß sie diesem specielle Vollmacht dazu ertheilt habe, indem er dafür hielt, daß die bei feierlichen Testamenten durch die Natur eines actus legitimus gebotenen Förmlichkeiten bei dem testam. judici oblatum nicht nöthig, auch in den Gesetzen nicht vorgeschrieben seyen, sondern fides judicialis genüge. Indessen gesteht er zu, daß diese auch von Leyser Sp. 354. Med. 3., Struben rechtliche Bedenken Thl. IV. no. 88., Stryck de caut. test. cap. 8. angenommene Meinung bei dem vormaligen Reichskammergericht nicht gegolten habe, sondern für das Gegentheil entschieden worden ist, s. Cramer Observ. no. 17. Man kann überhaupt diese Meinung, welche Thibaut auch noch in der 8ten Aufl. seines Systems §. 831. und mit ihm Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 822., so auch Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen Bd. IV. Resp. 391. behaupten, wohl als hinlänglich widerlegt erachten, s. Glück a. a. O. S. 196.*) und

---

*) Noch in den Anno 1792. erschienenen merkw. Rechtsfällen von Geiger und Glück Bd. I. S. 50. hatte Glück die entgegengesetzte Meinung, nämlich, daß die Testamentsübergabe durch einen Bevollmächtigten giltig sey, vertheidigt. —

die vielen dort angeführten Schriftsteller, desgl. Mühlenbruch's Forts. Thl. XXXVIII. S. 305., Guyet im civilist. Archiv Bd. XIII. S. 254., Höpfner Institt. Comm. §. 443. not. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. III. §. 451. (58.), v. Hartitzsch Entscheid. no. 405., Gründler Polemik d. germ. Rechts Bd. III. §. 670., vorzüglich auch Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 743. Ebenso v. Keller Pand. §. 479. Diese Ansicht gründet sich auf die Notariatsordn. a. a. O. §. 4. u. 7. und auf die absolute Bestimmung der l. 9. u. 21. C. 6. 23., daß der Testirer bei dem Testamentsact gegenwärtig seyn müsse, wie denn auch altfeierliche Handlungen nicht per procuratorem giltig geschehen konnten; l. 25. §. 1. D. 1. 7. — §. 8. J. 1. 12.

Zu 4) Die gerichtliche Asservation wird zwar gewöhnlich als wesentlich für die Giltigkeit eines öffentlichen Testaments erachtet, s. Cramer Wezlarische Nebenstunden Th. XXIV. no. 1., Conradi Diss. de testam. publ. quod fit apud Acta. §. 7. Dagegen zeigt jedoch Madihn in s. Miscellen Bd. I. S. 102., daß die für diese Ansicht von jenen Schriftstellern citirte l. 18. C. 6. 23. nichts weiter sage, als daß das bei dem magister census publicirte Testament in dessen Registratur bleiben müsse. Während er übrigens ausführt, daß die heutigen testamenta judici oblata bei den Römern gar nicht bekannt waren, was auch durch neuere Untersuchungen bestätigt ist, s. v. Savigny Geschichte d. R. R. im Mittelalter Bd. I. S. 81., Spangenberg im civilist. Archiv Bd. V. no. 5., Thibaut das. Bd. VI. S. 229., beschränkt er das Erforderniß auf die schriftlichen testamenta judici oblata, wogegen bei dem mündlich vor Gericht errichteten Testament die Hinausgabe des darüber aufgenommenen Protokolls an den Testirenden der Giltigkeit desselben nicht schaden könne, indem die Unterschrift des Richters, die Handschrift des Actuars und das Gerichtssiegel vollkommen die Richtigkeit und Authenticität der Urkunde beweisen, daher dasselbe so wenig als andere gerichtliche Instrumente bei Gericht aufbewahrt zu werden brauche. Manche Rechtsgelehrte dehnen diese Behauptung sogar auch auf schriftlich dem Gericht übergebene Testamente aus, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 1., v. Zangen Beitr. zum deutsch. Recht S. 251., Stengel Beitr. zur jurist. Literatur in den Preuß. Staat. Samml. IV. S. 75. Eine verwandte Frage s. unten Lehre v. d. Ungiltigkeit des Testam. §. 172. zu Fr. 11.

Zu 5) Der Beweis kann wohl nicht ausgeschlossen, er kann aber nicht durch die Testamentszeugen selbst geführt werden, s. Archiv

für die Rechtspflege u. Gesetzg. im Großherzogthum Baden Bd. I. S. 65. S. 250. S. 262. S. 266.

Zu 6) [Die Quellen schweigen über diese Frage; auch die Notariatsordnung Tit. I. §. 7. erwähnt hier nur das Privattestament. Franck im Hess. Archiv f. prakt. Rechtswiss. VI. S. 374—386. führt aus, daß die unitas actus zu den Erfordernissen sowohl des testamentum judiciale im eng. Sinne, als des test. judici oblatum gehöre; denn der Zweck der Unitätsvorschrift rücksichtlich des Privattestaments sei der: zu vermeiden, daß durch irgend einen Zwischenact ein den Willen des Testators entstellendes, verfälschendes Ereigniß eintrete und die Gelegenheit zu ungehöriger Beeinflussung seiner Entschließungen benutzt werde; dieser Zweck sei ein besondres Moment neben der fides, und da nun beim öffentlichen Testament die judicialis fides eben nur an die Stelle der privata fides der 7 Zeugen getreten sey, so bleibe die unitas actus als zweites Erforderniß bei dem öffentlichen Testament bestehen, welches im Allgemeinen sich nur nach dem Vorbilde des Privattestaments entwickelt habe. Dies gilt in Betreff des testamentum judiciale im eng. S.; aber dasselbe ist auch in Betreff des test. judici oblatum zu behaupten, weil das über die Ueberreichung des Testaments aufgenommene Oblationsprotokoll keineswegs bloß den Zweck der Begründung eines vollständigen Beweises habe, sondern ein integrirender Theil der Testamentserrichtung selbst sey, für welchen die allgemeinen Regeln der Testamentserrichtung maaßgebend seyen.]

§. 155.

C. Canonische Testamentsform.

Ist dieselbe als gemeingiltig zu behaupten?

Die Bestimmung des cap. 10. u. 11. X. de testam. (3. 26.), daß ein vor dem Pfarrer und 2—3 Zeugen errichtetes Testament gelten solle, wird zwar von Manchen als gemeingiltig angegeben, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 452. (59.), allein richtiger ist es wohl, ohne Unterschied zwischen Geistlichen und Laien einem solchen Testament nur da, wo es erweislich eingeführt und beibehalten ist, Giltigkeit beizulegen, nicht aber dasselbe als gemeinrechtlich anzusehen, da die Notariatsordn. v. J. 1512. vielmehr die römische Testamentsform bestätigt und ihr den Vorzug vor der canonischen

gegeben hat, s. Glück Thl. XXXIV. §. 1408a., J. H. Boehmer J. E Pr. P. III. c. 25. §. 4., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 1. §. 3., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 823., Puchta Pand. §. 470., Arndts Pand. §. 490. und v. Keller Pand. §. 504. Insbesondere kann ein Geistlicher, wenn er in einem fremden Gebiet testirt, die Privilegien seines Capitels nicht geltend machen; G. L. Böhmer's Rechtsfälle Bd. II. S. 12.

Ueber das Privilegium der Geistlichen der ehemals Erzbischöflich Trierschen Diöcese s. v. d. Nahmer Samml. d. merkw. Entscheidungen des O.-A.-Ger. zu Wiesbaden Bd. II. S. 137., ingleichen der Hildesheimischen katholischen Geistlichkeit, s. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IX. S. 371. u. Schlüter's jurist. Zeitung f. d. Königr. Hannover Jahrg. I. S. 137.

---

§. 156.

D. Von wechselseitigen Testamenten.*)

1) Ist ein gemeinschaftlich von Mehreren errichtetes Testament ohne Unterschied zuläßig?
2) Ist ein wechselseitiges Testament [test. reciprocum] schlechthin als ein Erbvertrag anzusehen, oder wenn man beim Begriff und Wesen eines Testaments stehen bleiben muß, ist dasselbe im Zweifel als ein correspectives zu erachten, und ist ihm dann die Wirkung beizulegen, daß ein Ehegatte nicht ohne Zustimmung des Andern, entweder vor oder nach des Andern Tod, seinen letzten Willen ändern kann?
3) Wenn Ehegatten also testirt haben, daß nach dem Tod des Ueberlebenden ihr ganzes zurückgelassenes Vermögen an ihre beiderseitigen nächsten Verwandten fallen soll, nach welchem Zeitpunkt ist zu bestimmen, welches die nächsten Verwandten seyen?
4) Wenn die beiden Ehegatten also testirt haben, ist darunter blos ein fideicommissum ejus, quod superfuturum est, zu verstehen?
5) Bekanntlich wird ein Testament durch einen postumus rumpirt, wenn darin nicht auf ihn Rücksicht genommen

*) Vergl. Hartmann zur Lehre v. d. Erbverträgen und gemeinschaftl. Testamenten (1860.)

wurde. Nun kann es sich treffen, daß, nachdem Eheleute bei Kinderlosigkeit ihrer Ehe sich gegenseitig zu Erben eingesetzt und auf den Todesfall des Ueberlebenden einen Dritten substituirt hatten, der Ueberlebende wieder heirathet und Kinder bekommt, denen der Substituirte weichen muß. Wie steht es nun mit den gesetzlichen Erben des Vorverstorbenen? Können diese nun, weil das Testament rumpirt ist zu dessen Intestaterbschaft gelangen?

6) Ist ein gegenseitiges Testament nach dem Tod des zuerst Verstorbenen sogleich zu eröffnen, oder erst nach dem Tod des überlebenden Ehegatten?

Zu 1) Diese Frage wird von Mehreren aus dem Grund bejaht, weil im R. R. nichts dagegen gesagt ist; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 441. (41.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 824., Böttger D. de natura et indole testam. correspectivi. Marb. 1773. §. 7. 10—14. 25—29., Hartmann a. a. O. S. 104., Mittermaier deutsches Privatr. §. 462., welcher jedoch mehrere deutsche Landrechte anführt, welche solche Ausdehnung nicht gestatten. [Auch v. Keller Pand. §. 505. scheint die Zulässigkeit anzunehmen.] Auch sind die meisten Lehrer des gemeinen Rechts gegen dieselbe, weil das R. R. es nur ausnahmsweise Soldaten gestattet, l. 19. C. 2. 3., eine blos auf das testam. Prinicipi oblatum sich beschränkende Verordnung des Kaisers Valentinian III., s. Gothofredi Cod. Theodos. T. VI. P. II. in Append. pag. 109. Ed. Ritter, welche die Zulässigkeit allgemein ausspricht, nicht in den Justinianeischen Codex aufgenommen worden ist, und der für Testamente unter Ehegatten erweisliche deutsche Rechtsbrauch, s. Mittermaier a. a. O. §. 410., als eine Anomalie nicht auszudehnen sey, s. Glück Thl. XXXV. S. 50., Thl. XXXVIII. S. 215. not. 74., Puchta Pand. §. 481., Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 239. rc. 490. rc. Ganz unbedenklich ist jedoch ein wechselseitiger Erbvertrag unter drei Schwestern als giltig anerkannt worden von Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen Th. III. no. 258., womit auch Beseler Lehre v. d. Erbverträgen Bd. II. S. 230. übereinstimmt.

Zu 2) Die totale Divergenz der römischen und der deutschen Rechtsgrundsätze über letzte Willenshandlungen hat diese Materie zu einer der schwierigsten gemacht. Die früher von Vielen angenommene Meinung, daß ein gegenseitiges Testament allemal in vim pacti errichtet anzusehen sey, s. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörterungen

Bd. IV. S. 169. mit Beziehung auf Schilter, Stryck, Böhmer u. A. m., kann wohl allgemein als aufgegeben betrachtet werden. Ein Testament ist so lange nur als solches in seinen rechtlichen Eigenschaften und Wirkungen zu beurtheilen, als nicht die Intention einer vertragsmäßigen Verpflichtung von den Disponenten ganz unzweifelhaft darin niedergelegt ist*), s. v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. S. 60 ff., Glück Thl. XXXVIII. S. 221., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 347. (Ed. 3.), Beseler a. a. O. Bd. II. S. 331. ꝛc., was außer dem Fall einer ausdrücklichen Erklärung der Testirenden, daß ihr wechselseitiges Testament als Erbvertrag gelten soll, auch dann anzunehmen seyn wird, wenn sie beiderseits die gegenseitige Erbeinsetzung ausdrücklich acceptiren, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 894., oder wenn das Testament in der Form eines wirklichen Erbvertrags errichtet worden ist. Außerdem folgt, daß jeder der Disponenten seine Disposition, so lange er lebt, nach Belieben widerrufen kann, ohne auch nur dem Andern Kenntniß davon zu geben, daß aber auch die Disposition des Andern dann als aufgehoben zu erachten ist, es wäre denn, daß dieser, ungeachtet ihm jener Widerruf bekannt wurde, seine Disposition dennoch unabgeändert gelassen hat; s. Glück Thl. XXXV. S. 67., Leyser Sp. 359. Med. 5. Sp. 449. Med. 8—10., Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 196., Mevii Dec. IX. 148., Carpzov Jurisp. for. rom. Saxon. P. III. c. 1. Def 11—13. Ob ein gegenseitiges Testament ein correspectives sey, ist mehr quaestio facti als juris, indem die Beurtheilung, ob die eine Disposition von der andern abhängig gedacht ist, ob sie mit ihr stehen und fallen solle, aus dem wesentlichen Inhalt und Ausdruck geschöpft werden muß. Im Zweifel wird das gegenseitige Testament für correspectiv geachtet, s. Puchta Pand. §. 481., Schweppe römisches Privatr. Bd. V. §. 824., W. H. Puchta Handb. d. gerichtl. Verf. Thl. II. §. 248., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1360., Mackeldey Lehrb. §. 649., Hartmann a. a. O. S. 128. 145. u. 168., Brinz Pand. II. S. 764., insbesondere, wenn beide Eheleute dergestalt über ihr beiderseitiges Vermögen verfügt haben, daß der überlebende Erbe sein, nach dessen Tod aber das gesammte Vermögen an eine von ihnen bestimmte dritte Person fallen soll. Auch dann, wenn eine solche Substitution nicht vorliegt, vermuthet man bei einer gegenseitigen Erbeinsetzung der Ehegatten, daß Einer den Andern blos in

*) Z. B. indem das Versprechen der Erbeinsetzung von jedem Theil förmlich acceptirt ist. — Daß aber h. z. T. auch ein pactum de non mutando testamento gelte, wie Hagemann in d. prakt. Erörter. Bd. VI. S. 330. annimmt, läßt sich wohl nicht vertheidigen.

der Rücksicht zum Erben eingesetzt habe, weil der Andere gegen ihn das Gleiche that; Thibaut System §. 955. (Ed. 8.), Glück Thl. XXXV. S. 62. Gleichwohl können in einem solchen gegenseitigen Testament Dispositionen vorkommen, welche nicht correspectiv sind, z. B. Eheleute, welche in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hatten, setzen sich gegenseitig zu Erben ein, dergestalt, daß nach dem Tod des Letztlebenden die eine Hälfte den nächsten Verwandten der Frau, die andere den nächsten Verwandten des Mannes zufallen soll. Nun stirbt der Mann zuerst, die Frau heirathet wieder, warum sollte sie da nicht ihren letzten Willen, so viel ihr Vermögen betrifft, ändern und lieber ihren zweiten Ehemann bedenken können? Correspectiv ist in diesem Testament nur die gegenseitige Erbeinsetzung, die Substitutionen aber sind zwei getrennte Verfügungen, welche jeder Disponent beliebig ändern kann. Hieran ändert es auch nichts, daß die Frau die Erbschaft ihres verstorbenen Ehemannes angetreten hat, denn diese Erbschaftsantretung kann ja nur auf das dadurch ererbte und nicht auf das eigenthümliche Vermögen der Frau ihre Wirkungen äußern; s. Tafel auserlesene Rechtssprüche von den höheren Gerichten in Würtemberg Bd. I. S. 79., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 462. (Ed. 6.), Glück Thl. XXXVIII. S. 248. Wenn nun aber das Testament durchaus wahrhaft correspectiv ist, so ist es immer noch sehr controvers, ob der überlebende Ehegatte, nachdem er des Vorverstorbenen Vermögen aus dem correspectiven Testament erworben hat, durch die Erbschaftsantretung verbunden sey, eine zum Besten Dritter in jenem Testament getroffene gemeinschaftliche Disposition nicht nur so weit sie des verstorbenen Ehegatten, sondern auch sein eigenes Vermögen betrifft, unwiderruflich festzuhalten. Viele verneinen dies, denn mit dem römischen Testamentsrecht ist auch die Regel: nemo potest legem sibi dicere, ne a priori voluntate recedere ei liceat, auf uns übergegangen, und noch weniger scheint es zulässig, daß Einer über das Vermögen des Andern also bindend disponirt; Harpprecht D. de testam. corresp. §. 31. und Ej. D. de reciproci inter conjuges testamenti revocatione Cap. I. §. 11., vorzüglich Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 269. u. 490., Leyser Sp. 359. Med. 5. u. 6., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. S. 62., Zu-Rhein und Sartorius Rechtsfälle Bd. I. S. 290., Pfeiffer neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen d. O.-A.-Ger. zu Cassel Bd. III. no. 91. Hierzu kommt, daß auf diese Weise von zwei in allgemeiner Gütergemeinschaft gestandenen Ehegatten der überlebende Ehegatte geradezu gegen die Gesetze weiter belastet wäre, als er hono-

rirt ist, weil über sein eigenes Vermögen disponirt ist, wofür er keine Deckung oder Entschädigung findet, da die Nutznießung an der andern Vermögenshälfte ihm schon vermöge des solidarischen Gesammteigenthums gehört. Nach diesen Ansichten könnte also der überlebende Ehegatte, ungeachtet er des Andern Erbschaft angetreten hatte, nicht verhindert werden, die Disposition für seinen Theil zu widerrufen, und wäre nur schuldig, alles dasjenige cum fructibus herauszugeben, was ihm aus des Verstorbenen Nachlaß zugekommen ist. — Wem aber dies nun angehöre, darüber sind wieder die Meinungen verschieden. Die Einen sagen: den instituirten Nacherben, denn das Testament des Verstorbenen sey ja durch die Erbschaftsantretung des Ueberlebenden schon in Wirksamkeit getreten, könne folglich hinterher nicht wieder vernichtet werden; Mevii Dec. P. IX. Dec. 148. Die Anderen lassen die Intestaterbfolge eintreten, denn die Correspectivität habe die Wirkung einer Resolutivbedingung für die Verfügung des Vorverstorbenen, wenn der Ueberlebende seiner Seits das Testament nicht gelten lasse wolle, indem beide in einen Act verschmolzene Testamente mit einander stehen oder fallen müßten, keines aber ohne das andere aufrecht bleiben könne; Hasse a. a. O. S. 271., Harpprecht l. c. §. 38.

Die Mehrzahl der Rechtsgelehrten huldigt aber überhaupt der eben vorgetragenen Ansicht nicht, sondern vielmehr dem Grundsatz: daß der überlebende Ehegatte, wenn er die Erbschaft des Vorverstorbenen angetreten hat, auch hinsichtlich seines Vermögens, und zwar ohne Unterschied zwischen früherer oder späterer Erwerbung, s. Glück Thl. XXXV. S. 73., Thl. XXXVIII. S. 226., Hasse a. a. O. S. 274., an die Verfügungen des correspectiven letzten Willens unwiderruflich gebunden sey.*) Freilich muß man dabei immer die Beschaffenheit des letzten Willens zunächst in das Auge fassen (man erinnere sich des vorhin vorgetragenen Beispiels getrennter Dispositionen); wo aber sich aus dem Testament die Absicht ergibt, daß das beiderseitige Vermögen ein Ganzes werden soll, und darauf sich die Anordnungen zum Besten Dritter beziehen, da kann der Ueberlebende sein Vermögen nicht mehr von dem des Andern trennen, und muß, wenn er die Erbschaft des Andern antritt, auch sein Testament bestehen lassen. Das beiderseitige Vermögen erscheint dann als ein dem Fideicom=

---

*) Und zwar nach Mühlenbruch a. a. O. S. 240 unbedingt, nach Hasse's Meinung aber nur unter der Voraussetzung, daß der überlebende Ehegatte für die seinem Vermögen aufgelegte Belastung ein Aequivalent im Nachlaß des Vorverstorbenen findet.

mißverhältniß unterworfenes Ganzes, das nicht den eingesetzten Nacherben entzogen werden kann, s. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Abth. 2. no. 243. Diese Meinung stützt sich vorzüglich auf folgende Gründe:

a) das römische Testamentsrecht, welchem die correspectiven Testamente ganz fremd sind, könne bei uns nicht mit aller Strenge und Consequenz in Anwendung kommen, da nach deutschem Recht die Freiheit zu testiren durch Verträge beschränkt werden könne. Allgemein werde der Derogatur-Clausel in Testamenten Wirksamkeit zugestanden, mithin könne sie auch dem correspectiven Testament nicht versagt werden, da es einerlei sey, ob derselbe Wille implicite oder explicite ausgedrückt sey.

b) Daß in einem correspectiven Testament jeder der Testirer zugleich über das Vermögen des Andern disponirt, könne um so weniger Anstoß erregen, als dies schon gemeinrechtlich erlaubt sey, l. 25. C. 6. 42., und werde durch die Erbschaftsantretung, welche eine obligatio quasi ex contractu begründe, unwiderruflich wirksam.

c) Die Meinung, daß der Ueberlebende sich von der Festhaltung des correspectiven Testaments durch Herausgabe dessen, was er aus demselben von dem Vorverstorbenen erlangt hat, befreien könne, sey den römischen Rechtsbestimmungen gerade zuwider, s. besonders l. 4. C. 6. 31. sicut major 25 annis, antequam adeat, delatam repudians successionem, post quaerere non potest, ita *quaesitam renunciando nihil agit*, sed jus, quod habuerat, retinet; Klein Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. I. S. 97., Gottschalk Disc. for. T. II. pag. 9., Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwend. Bd. II. S. 197., Stryck D. de testam. conjugum reciprocis §. 74., Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. I. Th. II. Resp. 42. §. 6., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 410, Gründler Polemik des german. Rechts Th. III. §. 673. u. A. m., s. d. Citate bei Glück Thl. XXXV. S. 69. not. 42., welcher übrigens in Thl. XXXVIII. S. 221. not. 80. auch die Gewährsmänner der entgegengesetzten Meinung aufführt.

[Ueber Widerruflichkeit correspectiver Testamente ist zu vergl. Seuffert's Archiv I. No. 93. 94. II. No. 72. 204. IV. No. 63. 64. VI. No. 221. VII. No. 200. 334. VIII. No. 150. IX. No. 180. XII. No. 172.]

Zu 3) Wenn überhaupt die nächsten Anverwandten gerufen sind, so entscheidet für den Zeitpunkt des Todes des Letztlebenden die Betrachtung, daß das Fideicommiß auf eine unbestimmte Zeit gestellt,

mithin als bedingt anzusehen ist, daher vor dem Todesfall des Letztlebenden die fideicommissarische Erbschaft weder deferirt noch transmittirt werden konnte; Glück Thl. XXXV. S. 74., Thl. XXXVIII. S. 266. not. 88., Geiger u. Glück Rechtsfälle Bd. I. S. 133., Bynkershoek Qu. jur. priv. Lib. III. cap. 10. Sind die Verwandten aber namentlich bezeichnet, so haben die des Zuerstverstorbenen schon bei seinem Tod das Erbrecht erworben, welche sie auf ihre Erben transmittiren; s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 462., Seuffert's Archiv VIII. No. 150.

Zu 4) Es kommt bei der Entscheidung dieser Frage zuvörderst darauf an, welche von den zur Frage 2. entwickelten Ansichten man für die richtige hält. Statuirt man die Widerruflichkeit der Disposition von Seite des Ueberlebenden, oder ist der Fall so beschaffen, daß man sie statuiren muß, weil die Beschaffenheit des gegenseitigen Testaments nicht auf die Absicht einer absoluten Bindung des Ueberlebenden schließen läßt, so muß man die Frage offenbar verneinen, wie alle diejenigen gethan haben, welche einem correspectiven Testament nicht die Wirkung zugestehen, daß der Ueberlebende an seine frühere Disposition unabänderlich gebunden sey, welche ihm vielmehr das Recht zum Widerruf und als rechtliche Folge des Widerrufs nur dieses anerkennen, daß der Ueberlebende oder dessen Erben Alles wieder herausgeben müssen, was er vom Vorverstorbenen aus dem gegenseitigen Testament erlangt hat. Denn, dies vorausgesetzt, ist das Vermögen des Vorverstorbenen ein unangreifbares fideicommissum, und unmöglich auf dasjenige, was der Ueberlebende davon übrig lassen mag, einzuschränken, s. Struben rechtl. Bedenken Th. IV. S. 506., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. II. no. 16. S. 60. Nur in diesem Sinn ist wohl auch Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 271. no. 26. aufzufassen, dessen Meinung in Mühlenbruch's Citat, s. Glück Thl. XXXV. S. 74., unklar angedeutet ist. Dahingegen, wenn man der wahren Correspectivität (welche übrigens immer quaestio facti bleibt), die Wirkung der Unwiderruflichkeit zugesteht, und das beiderseitige Vermögen der Ehegatten als ein dem Fideicommißverhältniß unterworfenes Ganzes ansehen muß, wie zur Fr. 2. gezeigt wurde, so ist es gewiß klar, daß man den überlebenden Ehegatten nicht zum bloßen Usufructuar, noch dazu in seinem eigenen Vermögen herabwürdigen, und daß man den Nacherben nicht ein Recht auf das Vermögen, wie es zur Zeit der Disposition oder des Absterbens des einen Ehegatten war, sondern nur auf beider Ehegatten dereinstige Verlassenschaft zugestehen kann, daher der Ueberlebende

über das ganze Vermögen, so lange er lebt, frei disponiren kann, so weit er nicht in fraudem fideicommissi handelt; Mittermaier deutsches Privatrecht §. 462., Hasse a. a. O. S. 264., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVIII. S. 243.

Zu 5) Die zur Fr. 2. erörterte Controverse hat auch auf die Meinungsverschiedenheit über die gegenwärtige Frage Einfluß. Nimmt man im Allgemeinen an, daß ein gegenseitiges Testament eigentlich aus zwei Testamenten bestehe, welche von einander unabhängig sind, oder ist aus der Beschaffenheit des Testaments diese Annahme für den besonderen Fall begründet und damit die Folge gerechtfertigt, quod altero rescisso alterum non corruit (s. Mevii Dec. P. IX. Dec. 148., Stryck de cautel. testam. cap. 24. §. 21.), so muß man ohne Zweifel die Substitution, insoweit sie das Vermögen der vorverstorbenen Ehefrau betrifft, in ungeschwächter Wirksamkeit anerkennen, denn nicht ihre Disposition ist ja rumpirt worden, sondern nur die Disposition des zur zweiten Ehe geschrittenen Wittwers. Aber auch dann würde sich die Abweisung der Intestaterben, s. Schmidt hinterlassene Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Th. II. no. 108., rechtfertigen, wenn das Testament als ein wahrhaft correspectives erscheint und behandelt wird. Der zur zweiten Ehe geschrittene Gatte wird nämlich die mit seiner ersten Ehefrau gemeinschaftlich getroffenen Verfügungen immer nur, so weit es rechtlich möglich ist, vollziehen müssen. Der Substituirte kann demnach zwar auf das Vermögen des wieder verheiratheten Mannes sein Recht jetzt nicht mehr geltend machen, wohl aber auf das Vermögen der ersten Ehefrau; denn so weit das Testament nicht rumpirt ist, steht ihm kein rechtliches Hinderniß entgegen; der zur zweiten Ehe geschrittene und bereits Erbe der ersten Gattin gewordene Ehegatte, welcher auch durch seine Wiederverehelichung nicht jener bereits erworbenen Erbschaft wieder verlustig werden konnte, ist auch verbunden, der gemeinschaftlichen Verordnung, so weit kein rechtliches Hinderniß obwaltet, Genüge zu leisten.

Zu 6) Wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, so muß die Eröffnung nach des zuerst verstorbenen Ehegatten Tod erfolgen; s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 462. (Ed. 6.), Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. VI. S. 289., Allgem. jurist. Zeitung von Elvers und Bender v. J 1829. S. 61. Entgegnet der überlebende Ehegatte, daß bei Lebzeiten des Testators sein letzter Wille ohne seine Zustimmung nicht eröffnet werden dürfe, l. 2. §. 4. D. 29. 3., so kommt nach l. 5. eod. dagegen in Betracht, daß das öffentliche Interesse dabei betheiligt ist, eine letztwillige Verordnung gleich nach

dem Tod ihres Urhebers zu kennen und zu realisiren, welches so lange entscheidend ist, als nicht die Testirenden ausdrücklich bestimmt haben, daß die Eröffnung erst nach des Letztlebenden Tod geschehen soll; l. 8. eod. [s. dagegen Hartmann a. a. O. S. 115.] Läßt sich der Inhalt der zusammengeschmolzenen Testamente trennen, so mag wohl der Rücksicht nichts im Wege stehen, welche der Ueberlebende dahin anspricht, daß seine Dispositionen unter Gerichtsgeheimniß verbleiben; s. jurist. Zeitung a. a. O. und Erkennt. d. O.-A.-G. in Cassel in Strippelmann's neuer Samml. Th. V. Abth. I. S. 189. Bemerkenswerth scheint schließlich ein vom O.-A.-G. in Jena dahin erlassenes Erkenntniß: „unter den in einem test. recipr. zweier Gatten gebrauchten Worten: B. soll mein gesammtes Vermögen als Geschenk nach meiner Frauen Tode erhalten, ist, falls die Frau vor dem Mann stirbt, eine Erbeinsetzung des B. zu verstehen; l. 25. D. 34. 5. Eine donatio m. c. kann nicht angenommen werden, weil dazu nach der richtigeren Meinung Acceptation gehört;" s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 691. no. 5.

---

§. 157.

E) Von privilegirten Testamenten.

a) Testamentum militare.

Inst. II. 11. de militari testamento. Dig. XXIX. 1. de testamento militis. Dig. XXXVII. 13. de bonor. possessione ex testamento militis. Cod. VI. 21. de testam. militis. Notariatsordnung v. J. 1512. Tit. I. von Testamenten §. 2.

Indem rücksichtlich der mannigfachen Bevorzugung des militärischen Testaments in materieller Hinsicht die zweifelsfreien Grundsätze hier zu wiederholen nicht nöthig seyn wird,*) beschäftigen uns nur folgende Fragen:

1) Nachdem das Vorrecht der Militärs, ingleichen anderer Bediensteter**) bei der Armee, l. 1. C. 6. 21., während sie

*) S. vorzüglich G. H. Haenel de testamento militari Diss. I. und II. Lips. 1815. u. 1816., Höpfner Instit. §. 453. u. 454., Glück Thl. XXXI. S. 444., Thl. XXXIII. S. 348., Thl. XXXIV. S. 69. S. 186. S. 401., Thl. XLII. §. 1474—1478. (Mühlenbruch), v. Keller Pand. §. 499.

**) Auch der Soldatenfrauen; s. Haenel l. c. pag. 14—18., Leyser Sp. 366. Med. 2., Braun Dictaten zu Thibaut §. 705., bezüglich l. 44. D. 29. 1. — l. un. D. 37. 13.

in ihrem Beruf in hostico oder hostili loco sich befinden müssen, die Gefahr der Soldaten theilen und im Feld ihr Leben verlieren, l. un. pr. D. 37. 13. — l. 44. D. 29. 1., desgleichen der den Soldaten gleich geachteten Matrosen und Schiffsknechte l. un. §. 2. D. 37. 13. in den Reichsgesetzen dahin beschränkt ist,*) daß sie nur, wenn sie sich im Streit befinden, ohne alle Form mündlich oder schriftlich oder nur in Zeichen, s. l. 15. C. 6. 21. — l. 24. l. 40. pr. D. 29. 1. — §. 1. J. 2. 11., testiren können, im Feld aber zwei Zeugen beiziehen müssen, Notariatsordn. Tit. 1. §. 2., so fragt sich, ob letzteres auch für die Winterquartiere gelte? überhaupt ob die in materieller Hinsicht dem Militär in Beziehung auf Testamentserrichtung ertheilten Privilegien demselben nur dann zu Statten kommen, wenn es sich im Feld oder in expeditione befindet?

2) Gilt auch ein früher errichtetes Testament als militärisches, wenn es im Feld auf solche Art bestätigt wird? desgleichen der auf solche Art erklärte Widerruf eines förmlichen Testaments?

3) Haben die Nebenpersonen der Armee nur ratione formae externae oder auch quoad interna**) die Privilegien der Soldaten zu genießen?

4) Wann verliert ein solches Testament seine Wirksamkeit?

5) Wenn als Regel angenommen werden muß: wer überhaupt kein Testament errichten darf, ist auch nicht berechtigt, militärisch zu testiren; welche Ausnahmen gelten hiervon zum Besten der Soldaten?

Zu 1) Die herrschende Meinung scheint hinsichtlich der ersten Frage die verneinende zu seyn; s. Westphal v. Testamenten S. 739.,

*) Fortbestehend ist übrigens der in den römischen Gesetzen begründete Vorzug, daß, wenn der Soldat jure communi testirt, und sich ein Mangel findet, welcher durch die Codicillarclausel geheilt werden kann, diese immer, auch wenn sie nicht beigefügt ist, de jure untergelegt wird; l. 3. D. 29. 1.

Die Notariatsordnung wird, indem sie von Rittern spricht, gewöhnlich von Soldaten überhaupt verstanden, doch hat es auch viel Wahrscheinlichkeit für sich, wenn Roßhirt testamentarisches Erbrecht Bd. I. S. 509. annimmt, daß nur das Recht der Offiziere durch die Notariatsordn. eingeschränkt sey.

**) Von den auf den Inhalt sich beziehenden Privilegien des militärischen Testaments handelt umfänglich Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. §. 1477.

Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 43. u. 44., Höpfner Institt. §. 453. und die dort angeführten Schriften. Allein nach der Notariatsordnung läßt es sich nicht wohl bezweifeln, daß das Testament vor zwei Zeugen, und zwar, dem Zusammenhang nach, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 806. Solennitätszeugen, immer gelte, wenn der Soldat im Krieg, wenn auch nicht gerade im Feldlager sich befindet, s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 51. u. 65. Der Soldat ist ja auch während der Winterquartiere nicht im Garnisons=, sondern im Felddienst, und befindet sich in expeditione, s. v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 481. (122.), Mühlenbruch a. a. O. S. 35. — Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. obs. 187. §. 4. erklärt ein militärisches Testament für giltig, welches der Soldat vor dem Abmarsch gegen den Feind gemacht hat; s. auch Struv. Exerc. ad Pand. Ex. 34. th. 4.

In Ansehung der anderen Frage scheint im Hinblick auf die doppelten Gründe des Privilegiums, welche l. un. D. 37. 13. auf die functio periculorum und pr. J. 2. 11., sowie in l. 1. pr. D. 29. 1. auf die simplicitas militum stützt, die Meinung derjenigen sehr gegründet, welche annehmen, daß in materieller Beziehung (denn darauf bezieht sich zunächst der zweite Grund des Privilegiums), die Befreiungen dem Soldaten immer und überall zur Seite stehen müßten, s. Hommel D. de exigua differentia inter testamentum militis et pagani in hostico conditum §. 3. Lips. 1728., Madihn Abhandl. „Soldaten haben auch in Friedenszeiten die innere Testamentsform zu beobachten nicht nöthig." — Die gemeine Meinung aber geht besonders deswegen, weil in §. 6. J. de exher. lib. (2. 13.) nur vom miles in expeditione occupatus gesprochen wird, dahin: daß auch die materiellen Privilegien auf den Fall eingeschränkt seyen, wenn der Militär sich in expeditione befindet, s. Höpfner a. a. O. §. 453., Mühlenbruch in Glück's Comm. Thl. XLII. S. 45., Mackeldey Lehrb. §. 644., Thibaut System §. 842. (Ed. 8.), v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 481. (122.), Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1369., v. Keller Pand. §. 499.

Zu 2) Dasselbe gilt zwar nicht stillschweigend dafür, wie Manche aus l. 15. §. 5. D. 29. 1. abnehmen zu können glauben, aber es genügt jede durch Handlungen oder Worte gegebene Willenserklärung, um das frühere Testament zum militärischen zu machen; §. 4. J. 2. 11. — l. 3. l. 9. pr. §. 1. l. 15. §. 5. l. 20. §. 1. D. 29. 1. und ebenso ohne alle Solennitäten gilt auch dessen Widerruf; l. 8. §. 4. D. 29. 7. cf. l. 15. §. 1. l. 22. l. 23. l. 33. pr. §. 2. D. 29. 1.

Zu 3) Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 57. ist der Meinung, daß das den in hostico testirenden Nichtsoldaten zugestandene Privilegium auf die Testamentsform zu beschränken sey, allein in den Gesetzen findet sich eine solche Einschränkung nicht; s. Braun Dictaten zu Thibaut §. 705., Harpprecht de testam. pagani in hostico conditio Diss. I. u. II. §. 47.

Zu 4) Stirbt der Testirer als Soldat, so behält das Testament stets seine Giltigkeit; nach seiner Verabschiedung aber bleibt es nur ein Jahr lang in Kraft, wenn er nicht anders durch Entlassung aus einer schimpflichen Ursache überhaupt das Privilegium verloren hat, §. 3. J. 2. 11. — l. 5. C. 6. 21. — l. 26. D. 29. 1. — oder ohne Abschied aus dem Militär getreten ist; l. 21. D. 29. 1. cf. l. 2. D. 3. 2. Obgleich es nach dieser Zeit nicht weiter gilt, so lebt doch ein etwaiges früheres gemeinrechtliches Testament desselben Testators nicht wieder auf, [denn*) semel ruptum semper ruptum: l. 19. D. 29. 1. und] l. 36. §. 4. D. 29. 1. Das Testament eines in hostico befindlichen Nichtsoldaten verliert seine Giltigkeit schon nach vorübergegangener Gefahr; l. 44. D. 29. 1. — l. un. D. 37. 13.

Zu 5) Die Regel geht nicht auf jeden die Testamentsfähigkeit beschränkenden Grund, sondern nur auf den Mangel eigentlicher Rechtsfähigkeit (Freiheit, Civität und Abhängigkeit von einer Familiengewalt.) Daß es auf einen Unterschied, ob der Soldat sui oder alieni juris sey, nicht ankomme, lehrt Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 40. gegen v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 398. Allerdings aber kann der Soldat nur über sein freies peculium testiren. Dahin ist es wohl einzuschränken, wenn Haenel Diss. I. de testamento militari pag. 38. lehrt, daß auch Soldaten nicht blos über die bona castrensia testiren dürfen. Ein wegen eines Dienstvergehens zu einer Capitalstrafe verurtheilter Soldat kann, wenn dasselbe nicht eine Eidesverletzung ist (z. B. Verrätherei), giltig über die bona castrensia testiren; l. 11. pr. D. 29. 1., Mühlenbruch a. a. O. Thl. XLII. §. 1475. Daß das bestimmte Bewußtseyn der Rechtsfähigkeit vom Soldaten nicht gefordert wird, haben wir schon früher bemerkt.

---

*) [Fälschlich war vom Verf. in der früheren Auflage die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen worden. Vergl. unten §. 172. zu Nr. 8. und 7., und Arndts Pand. §. 502. sub 3.]

§. 158.

b) Vom testamentum ad pias causas.

Nächst den schon im R. R. demselben ertheilten, vorzüglich von Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 76. erörterten Begünstigungen, daß nämlich die zu frommen Zwecken bestimmten Vermächtnisse vom Abzug der Falcidischen Quart, wenn nicht der Testator ausdrücklich das Gegentheil verordnet hat, befreit sind, l. 1. §. 5. D. 35. 2. — Nov. 131. cap. 12 — l. 46. C. 1. 3., ferner daß schuldhafter*) Verzug in deren Entrichtung**) besondere Rechtsnachtheile, und, wenn der Onerirte es vollends zur Klage kommen läßt, oder gar die Verbindlichkeit böslich ableugnet, sogar Strafen zur Folge hat, ist vorzüglich das im canonischen Recht c. 10. und 11. X. de testam. (3. 26.) begründete Privilegium näher in Betracht zu ziehen.

---

*) Daß ein schuldloser Verzug nicht die Rechtsnachtheile zur Folge habe, beweist Marezoll a. a. O. S. 99. gegen Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 899. u. Seuffert Lehrb. d. pr. Pand. R. §. 616. a. E.

**) Die Fristen sind gesetzlich bestimmt: für die Erbauung eines venerabile oratorium auf 5, eines xenodochium oder anderen venerabilis domus auf ein Jahr, für andere einfache einmalige Präſtationen auf 6 Monate. Sie laufen für den onerirten Erben vom Augenblick der Erbschaftserwerbung cf. l. 46. pr. C. 1. 3., für den onerirten Legatar vom Moment des ihm ausgezahlten Legats. Die Nachtheile des Verzugs sind: 1) für den, welcher mit dem Bau eines venerabilis domus säumig ist, daß er das Executionsrecht verliert, welches sofort auf den Bischof übergeht; 2) wer mit einem Legat pro redemtione captivorum und pro pauperibus dergestalt säumig ist, daß er sich nach Ablauf der gesetzlichen Frist zweimal vergeblich vom Bischof hat mahnen lassen, verliert als indignus Alles, was ihm aus dem Testament zukommen sollte, mit Früchten und Accessionen; 3) bei allen anderen Legaten zu milden Stiftungen verliert der Säumige die Früchte, Zinsen und Accessionen, vom Todestag des Erblassers an gerechnet; und läßt er es nach fruchtloser Mahnung des Bischofs bis zur gerichtlichen Klage kommen, oder leugnet er die ganze Verbindlichkeit ab, so muß er zur Strafe das Duplum entrichten; s. Marezoll's gründliche Auslegung der Nov. 131. in obenangeführter Zeitschrift. Die Strafe des Verlustes der Falcidischen Quart trifft den Erben nur dann, wenn er die Ausrichtung des Legats ad pias causas unter dem fälschlichen Vorwand, daß die Erbschaft dazu nicht hinreiche, verweigert hat; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 886. gegen Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 93. ꝛc, welcher eine allgemeine Befreiung der Legate ad p. c. auf die aus der Nov. 121. c. 12. entlehnte Authentike C. 6. 50. zu gründen vermeint.

1) Da nach dessen Wortinhalt nur die Zahl der Testamentszeugen bis auf 2—3 erlassen ist, kann nicht auch auf andere Art die Gewißheit des letzten Willens dargethan werden?

2) Was für Institute können auf die Begünstigung der piae causae Anspruch machen?

3) Werden auch materielle Mängel des Testaments durch das privilegium piae causae unschädlich?

Anmerkung. Daß es keinen gesetzlichen Grund für sich habe, wenn Manche noch ein anderes privilegium piae causae dahin aufstellen, daß zu ihrem Besten ein filius familias auch über seine Adventitien mit Einwilligung seines Vaters testiren könne, ist bereits oben §. 143. zu Fr. 10. dargelegt. — Die Regel des röm. Rechts: „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest" kann auf Testamente ad piam causam keine Anwendung leiden, da sie nur eine durchaus positive dem römischen Erbrecht eigenthümliche ist; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 882. Ebensowenig die Regel: daß ein Testament nicht blos durch einfachen Widerruf aufgehoben werden könne, denn da das Bestehen eines solchen Testaments nur den Beweis des Willens erfordert, so muß von der Aufhebung dasselbe gelten; s. Heimbach a. a. O. S. 884.

[v. Keller Pand. §. 504. bemerkt in Betreff des test. ad pias causas überhaupt: „Die ganze Bestimmung weicht von allen anderen anomalen Testamentsformen dadurch ab, daß sie nicht irgend einem eigenthümlichen Bedürfniß des Testators entgegenkommt, sondern alle Formen und die dadurch beabsichtigte Garantie für die Echtheit und Freiheit des letzten Willens des Testators, also dessen Interesse preisgibt, um der Kirche desto leichter Bereicherung aus letzten Willen zuzuwenden. Die ganze Bestimmung ist also nichts als eine der vielen Aeußerungen der Habsucht des Römischen Clerus, und verdient daher eher durch die sittliche Ansicht der neueren Zeit verworfen, als ausgedehnt zu werden." — Vielleicht läßt sich milder und die Wahrheit besser treffend sagen, daß im Canon. Rechte ein germanischer oder moderner Zug, die Tendenz der Vereinfachung der Testamentsformen, Ausdruck fand, und daß, wie in so vielen Punkten der mittelalterlichen Rechtsentwickelung, das Canon. Recht eine besondere (die

erste) Stufe in dem Umbildungsprocesse, in welchen das Röm. Recht eintrat, darstellt. Im Gebiet der Kirche fand das römische Testament überhaupt zuerst Anwendung, und warum sollte nicht die Kirche auch in der Verminderung der Zeugensolennität vorangehen und den Weg zeigen? Daß die Form der 7 Zeugen nicht dem modernen Rechtssinn entspricht, beweist die Verkümmerung ihres Gebrauchs und die Ausbildung des test. judici oblatum. Demnach wäre nicht der Kirche das Vorangehen auf diesem Wege, sondern der weltlichen Gesetzgebung das Zurückbleiben und das Fortschleppen der 7 Zeugen zum Vorwurf zu machen.]

Zu 1) Ungeachtet der abweichenden Meinung Mehrerer, welche wenigstens die Zuziehung zweier Testamentszeugen für nöthig halten, um eine letztwillige Disposition zum Besten einer pia causa gegen Mängel in der Form aufrecht zu erhalten; s. Mühlenbruch Lehrb. Thl. III. §. 697., Thibaut System §. 844. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 483. (129.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 823., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 132., Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. obs. 172., welcher auch Huber Praelect. u. Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 29. tit. 1., Schilter Ex. 38. no. 119. u. A. m. für seine Meinung anführt, Valett Lehrb. Bd. III. §. 973., Frey Commentar über das Kirchenrecht Th. IV. §. 32. — ist der Gerichtsbrauch h. z. T. wohl unzweifelhaft dafür, daß der Beweis nicht ausschließend an Zeugschaft gebunden sey, und in den Schlußworten des c. 11. X. 3. 26., welche sich auf die biblische Stelle beziehen: in ore duorum vel trium testium stat omne verbum, das Erforderniß von 2—3 Zeugen nicht solennitatis causa (weshalb auch rogatio testium nicht erforderlich ist, s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 338. und auch Frauenzimmer giltige Zeugen sind, s. Schulte in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. VIII. S. 180. 203. 2c.), sondern nur des Beweises wegen angedeutet sey, mithin jede Art, die rechtliche Gewißheit des letzten Willens außer Zweifel zu setzen, genüge, wie denn auch Vermächtnisse zu frommen Zwecken nach c. 4. X. de test. (3. 26.) ohne alle Förmlichkeit gelten. Außer den älteren Rechtsgelehrten, z. B. Lyncker, Wernher, Struv., Stryck de cautel. testam. c. 12. §. 4., Mevii Dec. P. VIII. Dec. 5. hat besonders die Autorität Böhmer's in J. E. Pr. Lib. III. tit. 26. §. 19. für diese Auslegung entschieden, s. Walter Kirchen=

recht §. 277., Wiese Handb. des Kirchenrechts Th. II. §. 295., Höpfner Institt. Comm. §. 463., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1379., Günther Princ. jur. Rom. T. II. §. 778., Hufeland Lehrb. des Civilr. Bd. II. §. 1338., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 338., Roßhirt testamentar. Erbrecht §. 89., v. Hartitzsch Erbrecht §. 406. Mackeldey Lehrb. §. 647., G. L. Boehmer Obs. jur. can. Obs. 4., Hommel Rhaps. Obs. 232., v. Dalwigk Versuch einer philosoph. jurist. Darstellung des Erbrechts Th. II. §. 48., Brendel kathol. u. protest. Kirchenr. S. 510. [Gegen diese freiere Ansicht hat sich das O.=A.=G. zu Darmstadt, für dieselbe dasjenige zu Cassel erklärt; Seuffert's Archiv VIII. No. 149., desgl. dasjenige zu München, Seuffert's Archiv XIV. No. 240.]

Zu 2) Es ist besonders in dem Städelschen Beerbungsfall in Frankfurt unter anderm auch darüber viel gestritten worden, ob alle gemeinnützigen Anstalten unter pia causa begriffen werden können, wie Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 26. §. 12. annimmt. Unbestreitbar scheint die Begriffsbestimmung Mühlenbruch's Lehrb. Th. I. §. 201., indem sie alles, was unmittelbar zu einem religiösen, wohlthätigen, sittlichen, zu einem Unterrichts= und Bildungszweck bestimmt wird, in sich faßt. Zu sehr beschränkt den Begriff Seuffert P.=R. Th. I. §. 55. auf gemeinnützige Stiftungen zu religiösen und wohlthätigen Zwecken. Die Grundlage des Begriffs findet man nämlich in dem ursprünglichen Zusammenhang nicht nur der Wohlthätigkeits=, sondern auch der Lehranstalten mit der Kirche, sonach sowohl unmittelbar als mittelbar religiöser Zwecke.*) Dieser zeitgemäß erweiterte Begriff kann nun wohl als allgemein anerkannt angenommen werden, s. Mackeldey Lehrb. Bd. I. §. 145., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 69. (106.)

Zu 3) In der Regel kann auch zum Besten einer pia causa nur durch die Codicillarclausel einem unvollständigen Testament abgeholfen werden. Manche unhaltbare Ausdehnungen des privilegium piae causae entkräftet umständlich Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 26. §. 38—46., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 134. Als ein besonderes privilegium der pia causa wird es nach l. 46. §. 9. C. de episc. et

*) So lange man, sagt Roßhirt im civilist. Archiv Bd. X. S. 323. im Genius einer oft getadelten, von starken Geistern sogar verachteten, von manchen auch überschätzten Zeit alles für die Erde Wohlthätige aus religiösem Gefühl that, konnte es nicht fehlen, daß alle Stiftungen schon dadurch entfernt blieben von dem Zusammenhang mit weltlichen Corporationen und Anstalten.

cler. (l. 3.) von Mehreren angesehen, daß die ihr verschafften annuae praestationes dem Recht nach unverjährbar seyen, indessen ist dies schon dem gemeinen Recht gemäß; l. 7. §. 6. C. 7. 39., Mühlenbruch a. a. O. Thl. XLII. S. 146.

---

§. 159.

c) Vom testamentum parentum inter liberos

s. l. 21. §. 1—3. C. 6. 23. — l. 26. C. fam. ercisc. (3. 36.) — Nov. 18. — Nov. 107. — Nov. 119. c. 9. cf. l. 29. C. 6. 23., ursprünglich ein Attribut der väterlichen Gewalt,*) nachher unbedingt den Ascendenten ohne Unterschied des Geschlechts, auch sowohl gegen emancipati als sui dahin zugestanden, daß, wenn die Errichtung mündlich geschieht, nur zwei Zeugen gegenwärtig zu seyn brauchen, im Fall schriftlicher Errichtung aber jeder entweder vom Testirer selbst geschriebene oder unterschriebene Aufsatz hinreichen soll, in welchem, selbst ohne Zeugen, vom Testirer eigenhändig wenigstens die Namen der eingesetzten Descendenten und deren Erbtheile — diese jedoch nicht blos mit Ziffern, sondern mit Worten — geschrieben sind, und das Datum der Handlung vollständig beigefügt ist, gibt zu folgenden Fragen Anlaß:

1) Ist es wesentlich, daß das Datum der Handlung vorangesetzt werde, oder kann dies auch am Schluß geschehen?
2) Können in einer solchen väterlichen Disposition auch Kinder auf giltige Weise entweder schlechthin oder bona mente enterbt werden?
3) Erstreckt sich das Privilegium auch auf einen mündlichen actus testandi parentum inter liberos?
4) Inwiefern kann eine persona extranea in einem solchen privilegirten Testament mit Legaten und Fideicommissen bedacht werden?
5) Ist es absolut nöthig, die Kinder mit Namen aufzuführen?
6) Ist ein solches Testament auch dann ungiltig, wenn die mit Ziffern geschriebenen Erbtheile durch deren Deutlichkeit keine Ungewißheit übrig lassen?
7) Muß auch das Datum mit Worten geschrieben werden?

---

*) Daher es auch nicht den Kindern ihren Eltern gegenüber zusteht, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 40.

8) Gilt das Privilegium auch in Beziehung auf liberi naturales?
9) Können auch legitimati und adoptivi in dem Privilegium des Vaters begriffen werden?
10) Kann der Ascendent nicht blos unter Kindern, sondern auch unter Kindern und Enkeln, wenn die Väter der letzteren noch leben, privilegiato modo testiren?
11) Gilt das privilegirte väterliche Testament, auch wenn es nicht in der Gewahrsame des Vaters gefunden, sondern von einem der Söhne vorgelegt wird?
12) Kann auch ein blinder Vater unter seinen Kindern auf privilegirte Art testiren, und unter welchen Formalitäten?
13) Wenn ein älteres solennes Testament vorhanden ist, wird dasselbe durch das auf privilegirte Art errichtete für aufgehoben erachtet?
14) Kann ein früher in privilegirter Art errichtetes durch das später in gleicher Art errichtete Testament aufgehoben werden?
15) Kann der auf privilegirte Art testirende Vater in solchem Testament seiner Ehefrau nicht wenigstens die lebenslängliche Nutznießung des Vermögens giltig versichern?
16) Insofern das Privilegium nach l. ult. C. 3. 36. u. l. 1. C. Theod. 2. 24. auch dahin geht, daß ein väterliches Testament dieser Art, um zu gelten, nicht perfect und vollendet zu seyn brauche, fragt sich, was denn an der Perfection fehlen dürfe?
17) Ist ein in privilegirter Art errichtetes, zugleich aber gerichtlich hinterlegtes Testament, welches sich der Testirer in der Folge hat zurückgeben lassen, dadurch für aufgehoben zu achten, wenn es sich gleichwohl noch unversehrt in seinem Nachlaß befindet?

Zu 1) Die Nothwendigkeit, das Datum voranzusetzen, hat besonders Andreä im civilist. Archiv Bd. IV. S. 384. zu deduciren sich bemüht, welchem auch Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 850. beitritt. Allerdings heißt es im griechischen Text der Nov. 107. c. 1. προγράφειν und nicht blos γράφειν, wogegen nicht in Betracht kommen kann, wie vom O.=A.=G. in Cassel (s. Strippelmann's Samml. Thl. I. Abth. I. S. 25.) angenommen wurde, daß in den Worten der versio vulgata: primum quidem ejus subscriptione tempus declaret,

das primum nur als die erste der verschiedenen Voraussetzungen der in Rede stehenden Disposition, und nicht gerade als der Anfang derselben verstanden werden könne. Allein kann man etwas, was der damaligen Gewohnheit entsprungen ist, nämlich das Voransetzen des Datums, bei der allgemeinen Veränderlichkeit des Brauches und der Sitte, als etwas Wesentliches vernünftigerweise ansehen? Aus diesen und andern Gründen wird man denjenigen Rechtsgelehrten gerne beistimmen, welche die Giltigkeit eines letzten Willens nicht davon abhängig erkennen, ob das Datum am Anfang oder am Ende steht; s. Göschen Vorlesungen Bd. V. S. 300. no. II., Euler Comm. de testamento et divisione parentum inter liberos Berol. 1820. §. 40. etc. Schroeder D. de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus §. 11., Jen. 1819., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 189., Arndts Pand. §. 489., ohne jedoch so weit zu gehen, wie Pufendorf T. III. Obs. 5. §. 1., Hommel Rhaps. obs. 354. u. Becker Sammlung merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 249. (unter Anführung des Gerichtsbrauchs in Hessen), welche die Beisetzung des Datums überhaupt für willkürlich ansehen, und sich deshalb auf die l. 26. C. 3. 36.*) beziehen, welcher doch die Nov. 107. c. 1. derogirt, wie umständlich ausgeführt ist in v. Rüling Entscheidungen des O.=A.=G. in Celle no. 101. und Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 18.

Zu 2) Diese Controverse dreht sich vorzüglich um die Frage, ob die privilegirte elterliche Disposition für weiter nichts, als was sie vor den Novellen war, nämlich für eine bloße Theilungsregulirung unter den Intestaterben oder für ein Testament gelte. Diejenigen, welche das Letztere leugnen, müssen consequent eine Erbeinsetzung, sowie auch eine Enterbung auf solche Weise für unzulässig erkennen, da dergleichen nicht anders als durch ein Testament geschehen kann. Außer den älteren in Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 329. Ed. 3. für diese Meinung angeführten Autoritäten, als Faber, Gothofred, Fachinäus u. A., ist von den neueren, außer der Dissertation von Aldringen de filio imperfecto parentis inter liberos testamento ne bona quidem mente exheredando. Aug. Trev. 1785., noch zu beachten: Fritz Versuche historisch=dogmatisch. Entwickelung der Lehre v. d. Testamenten der Eltern unter Kindern §. 19. 20. 33—36., Gießen 1822., v. Hartitzsch Entscheidungen 2c. no. 407. Dagegen wird aber eingewendet, daß die Voraussetzung, auf welche

*) Vergl. auch Epitome Novell. cap. 100.

diese Meinung sich stützt, vielmehr auf Conjectur als auf Wirklichkeit beruhe, und da in den Novellen sowohl als in der Notariatsordnung solchen elterlichen Dispositionen die Eigenschaft eines wahren Testaments ausdrücklich zugeschrieben, auch in der Nov. 115. c. 3. nicht gefordert wird, daß die Enterbung in einem feierlichen Testament geschehen müsse, so hat die früher schon herrschende Meinung, daß auch Enterbungen in einer dispos. par. inter lib. stattfinden, sich auch in der neueren Zeit aufrecht erhalten; s. v. Quistorp Beiträge S. 328., Höpfner Institt. §. 460. und die dort angeführten Stryck, Lauterbach, Cocceji, Reinhard ꝛc., Mackeldey Lehrb. §. 648., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 820. u. not. 7., Euler loc. cit. §. 12—15., v. Bülow Abhandl. Th. I. S. 187., Th. II. S. 126., Thibaut System §. 845., Köchy Meditt. Bd. I. no. 11., v. Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. III. §. 482. (127.), Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 203—211., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 379., Francke das Recht der Notherben S. 403.

Zu 3) Während die Novellen blos von schriftlichen Testamenten der Eltern unter ihren Kindern handeln, über deren Abfassung sie die genauesten Vorschriften geben, dabei aber das sonst sowohl schriftlichen als mündlichen Testamenten eigene Bedürfniß von Solennitätszeugen gänzlich erlassen, sagt die Notariatsord. v. 1512. Tit. 1. §. 2.: zu einem Testament seyen 7 Zeugen nöthig, aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen — da wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween. Wie diese verschiedenen Bestimmungen mit einander in Verbindung zu setzen seyen, darüber zählt Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 220. sechserlei Meinungen der Rechtsgelehrten auf; s. besonders Schroeder D. de privileg. par. inter liberos disposit. pag. 26. Jenae 1819., Müller D. de testam. par. inter lib. privil. §. 27. Lips. 1826., Roßhirt testam. Erbrecht Bd. I. S. 465., Fritz a. a. O. §. 40., Mencken de testam. par. inter lib. privileg. sine scriptura invalido. Op. no. 18., dessen Meinung weiter vertheidigt Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 321. (Ed. 3.) Die natürlichste Ansicht scheint diese zu seyn: die Notariatsordnung, welche nicht sowohl für ein Gesetz, als für eine Instruction angesehen werden kann, und welcher am wenigsten eine vermöge dieser wenigen Worte offenbar ganz unzulängliche Abänderung der Kaiserlichen Rechte unterzulegen ist, wolle, nachdem im Eingang von mündlichen und schriftlichen Testamenten die Rede ist, nur so viel sagen: wo überhaupt die Zuziehung von

Zeugen bei einem Testament nöthig ist, da sollen, wenn es ein elterliches unter Kindern ist, deren zwei genügen. Dies ist beim mündlichen Testament der Fall, beim schriftlichen aber vermöge der Novellen nicht. Das privilegirte mündliche Testament ist also giltig, wenn nur zwei Zeugen adhibirt wurden, aber man kann nicht mit v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 482. (127.) sagen, daß überall und also auch beim schriftlichen Testament dieser Art zwei Zeugen nöthig seyen. Diese in den meisten Lehrbüchern angenommene Ansicht steht, wie selbst Schweppe im röm. Privatr. Bd. V. §. 820. not. 1. und v. Bülow in den Abhandl. Th. I. S. 200., ungeachtet deren eigene Meinung abweicht, zugestehen, in der Praxis fest; s. Höpfner Instit. §. 460., Göschen Vorlesungen Bd. V. §. 902. no. 3., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 224., Wernher Obs. P. V. obs. 154., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 195. u. 266., Thibaut System §. 845. (Ed. 8.), Leyser Sp. 367. Med. 10. Corr. 2., Mackeldey Lehrb. §. 648. not. a., Erkenntn. des O.-A.-G. in Cassel in Strippelmann's Samml. Th. IV. Abth. 1. S. 25., v. Keller Pand. §. 503. u. Arndts Pand. §. 489. Es erübrigt aber noch alsdann die Frage: ob die zu adhibirenden Zeugen nur die Requisite der Beweiszeugen im Allgemeinen, oder der Solennitätszeugen haben müssen. Letzteres behauptet Mühlenbruch a. a. O. S. 213. u. 226., und da die Notariatsordnung nur die Zahl der Zeugen von 7 auf 2 herabsetzt, so ist allerdings anzunehmen, daß sie qualitativ von diesen dasselbe fordern, was von den 7 gefordert wird. Indessen halten Viele nur gewöhnliche Beweiszeugen für erforderlich, Hagemeister D. de legato extraneo in testam. parent. inter liberos rel., Müller Diss. cit. §. 20., Müller ad Leyser Obs. 568. pag. 31., Hofacker Princ. jur. civ. §. 1388., ja auch sogar den Erfüllungseid, in Ermangelung eines zweiten Zeugen für zulässig; s. Hellfeld Jurispr. for. §. 1482. u. not. z., v. Hartitzsch Erbrecht §. 403., v. Bülow Abhandl. Th. I. S. 201. Auf keinen Fall möchte man wohl die Hellfeldsche oder auch die von Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. §. 6. not. 4. aufgestellte Meinung sich zu eigen machen, wonach es genügen soll, wenn der Erblasser seinen Willen zwei Personen zu verschiedenen Zeiten zu erkennen gegeben hat. Zwar ist diese Meinung vom Jenaer Schöppenstuhl in einem in Schmidt's hinterlassenen Abhandlungen prakt. Rechtsmaterien Th. II. S. 26. erzählten Fall angenommen worden, aber mit Recht verwirft sie Leyser l. c. u. v. Bülow a. a. O., und auch in Ansehung des militärischen Testaments Mühlenbruch

bei Glück Thl. XLII. S. 66. Daß übrigens eine solche elterliche Disposition nicht eben über den ganzen Nachlaß sich zu erstrecken brauche, sondern auch einzelne Vermögenschaften zum Gegenstand haben könne, ist wohl nicht zu bezweifeln; s. Schmidt a. a. O.

Zu 4) Das Privilegium der Novellen ist auf die reine Disposition zwischen Eltern und Kindern beschränkt. Nach den Worten der Novelle, an welche man sich halten muß, ist für die Berücksichtigung von extraneis dem allgemeinen Erforderniß eigenhändiger Ernennung der Honorirten noch das Erforderniß von Zeugen hinzugefügt, daher selbst ein legatum ad pias causas, wenn die Disposition ohne Zeugen errichtet ist, für ungiltig erkannt wird, s. Becker Samml. merkw. Rechtsfälle Th. III. S. 349. Da jedoch in der Novelle die Zahl der Zeugen unbestimmt gelassen ist, so ist es streitig geworden, ob deren zwei nach der Notariatsordnung genügen, oder gemäß der Codicillarform l. 8. §. 3. C. de codicill. (6. 36.) fünf Zeugen erfordert werden. Ersteres behauptet Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 820., Hagemeister l. c., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 858. vorzüglich aus dem Grund, weil die Schlußworte der Nov. 107. c. 1. unverkennbar anzeigen, daß es bei diesem privilegirten Testament blos auf Gewißheit des Willens ankomme, und es der anderen Testamentssolennitäten nicht bedürfe. Die Vertheidiger des Gegentheils subsumiren aber die Eigenschaft von Solennitätszeugen, auf welche die Bestimmung der l. 12. D. 22. 5. ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt nicht anwendbar wäre. Die Notariatsordnung spreche blos vom reinen Testament der Eltern unter Kindern, und die Novelle könne, indem sie über die Zahl der Zeugen nichts bestimmt, blos von den Codicillarzeugen verstanden werden; v. Bülow a. a. O. Thl. I. S. 204., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 33. u. 37., Walch Intr. in controv. jur. civ. p. 331. (Ed. 3.), Höpfner Instit. §. 460. u. die in not. 13. angeführten Schriftsteller, nach deren Zeugniß der von einigen für die Sufficienz von 2 Zeugen behauptete Gerichtsbrauch durchaus nicht feststeht; s. auch Euler loc. cit. pag. 60., Köchy Meditt. Bd. I. no. 12., Thibaut System §. 845. (Ed. 8.), Roßhirt testamentar. Erbrecht Bd. I. §. 87., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 482. (127.), Mackeldey Lehrb. §. 648. u. v. Keller Pand. §. 503. — Auch für Vulgar- und Pupillar-Substitutionen gilt die privilegirte Art zu testiren nur, wenn keine personae extraneae substituirt werden; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 211 —215., v. Wening-Ingenheim a. a. O., Schweppe a. a. O.

§. 820., **Franckenfeld** D. de discrimine nudae divisionis et testamenti parentum inter liberos §. 21. Goett. 1792., **Müller** Diss. cit. §. 22. — Ob Vormundschaftsbestellung in einem solchen privilegirten Testament zulässig sey, ist zwar auch von denjenigen bestritten, welche demselben die Eigenschaft eines Testaments absprechen (s. oben zur Nr. 2.), allein diese Meinung ist in Praxi durchaus nicht angenommen; cf. l. 2. C. 5. 29., **Mühlenbruch** a. a. O. Thl. XLII. S. 208.

Zu 5) Die Novelle 107. erfordert ausdrücklich, damit Alles klar und unzweifelhaft sey, daß der Testirer die Namen der Erben eigenhändig declariren soll. Gleichwohl haben sich Zweifel erhoben. Man sagt: dasselbe Erforderniß, welches zu der Zeit, da die Nov. 107. erlassen wurde, auch für die solennen Testamente galt, s. l. 29. C. 6. 23., sey durch die Nov. 119. c. 9. aufgehoben; warum soll es nicht auch für das in Nov. 107. bezeichnete testam. privilegiat. als aufgehoben gelten? Dagegen wird aber erinnert, daß der Kaiser in der Nov. 119. c. 9. nur die frühere generelle Vorschrift aufgehoben habe; durch ein neues allgemeines Gesetz aber werde ein älteres besonderes nicht aufgehoben, l. 80. D. 50. 17. lex correctoria generalis priorem specialem non spectat, vielmehr derogire jus speciale dem generali, und bei den Besonderheiten dieses Testaments-Privilegiums dürfe sein eigenthümlicher Charakter in keinem Stück für unwesentlich angesehen werden. Wenn man aber dieses auch zugeben muß, so möchte man doch wenigstens dem Grundsatz treu bleiben, daß gesetzliche Vorschriften nur immer nach ihrem Zweck zu verstehen und auszulegen seyen, und wenn man in l. 34. pr. D. 35. 1. u. §. 29. in f. J. 2. 20. liest: nomina significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest, so kann man sich wohl nicht bewogen finden, eine elterliche Disposition blos deswegen zu verwerfen, weil die Namen der Kinder nicht genannt sind, vorausgesetzt daß die Bezeichnungen von einer solchen Bestimmtheit sind, welche eine Ungewißheit oder Verwechselung unmöglich macht. So fordert das Notherbenrecht, bei welchem Alles sehr streng genommen wird, zwar auch namentliche Einsetzung oder Enterbung; wenn aber der Testator nur einen Sohn hatte, so soll es genügen, wenn er sagte: filium heredem instituo, filius exheres esto. pr. u. §. 1. J. 2. 13., — **Gaji** Inst. II. §. 123. u. 127. Es scheint demnach hier das richterliche Ermessen nicht ausgeschlossen werden zu können; s. **Mühlenbruch** a. a. O. Thl. XLII. S. 195., **Höpfner** Institt. §. 460. not. 6. Daß bei sonst vorhandener genugsamer Bezeichnung die Aufführung sämmtlicher Kinder mit Namen nicht absolut die Giltigkeit der Disposition bedinge, ist auch durch neuere Präjudicien bestätigt;

s. d. Erk. des O.=A.=G. in Cassel in Strippelmann's Samml. Th. IV. Abth. 1. S. 88., sowie des O.=A.=G. in Celle, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 936. (Ed. 2.), womit auch die Sächsische Praxis übereinstimmt, s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 684. no. 6. — Eine Erbeinsetzung der Kinder zu gleichen Theilen ist übrigens nicht nöthig, daher auch ein dem Einen oder Andern verschafftes Prälegat für giltig zu achten ist; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 852. Fehlt die Erbeinsetzung ganz, so wird die Anordnung als divisio parentum inter liberos gelten können; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 202., was gleichwohl Sintenis prakt. Civilr. Bd. III. §. 170. Anm. 18. verneint. Auch bei den übrigen Förmlichkeiten ist zu bemerken, daß ein Mangel an solchen nicht verhindert, daß nach Umständen die Verfügung als bloße divisio parentum inter liberos zu Recht bestehen könne, wenn nur deren besondere Erfordernisse vorhanden sind; l. 16. l. 26. C. 3. 36., Höpfner a. a. O., v. Bülow a. a. O. S. 196.

Zu 6) Auch hierüber sind die Meinungen verschieden, indem Mehrere das Gesetz nur von ungewöhnlichen Abbreviaturen und notis verstehen, was bei der jetzigen Schreibart wegfalle; Hommel Rhaps. obs. 354., Höpfner a. a. O. §. 460. not. 3. Allein der griechische Urtext kann nicht anders als durch Zahlzeichen übersetzt werden, s. Euler l. c. §. 47., und der Grund dieser gesetzlichen Bestimmung ist auch nicht zu mißkennen; s. Mühlenbruch a. a. O. Thl. XLII. S. 197., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 30. Mehreres hierüber s. Köchy Meditt. Bd. I. no. 10., Fritz a. a. O. §. 30., Müller a. a. O. §. 18.

Zu 7) Grupen Disc. for. cap. 3. §. 5. behauptet dies zwar, und der Verfasser der Auth. quod sine etc. C. de testam. (6. 23.) scheint auch dieser Ansicht gewesen zu seyn, wenn er sagt: parens — manu propria non signis, sed literarum consequentia declaret et *tempus* et liberorum nomina etc., s. auch Haenel Dissens. Dominorum p. 183., allein so wenig damit gesagt seyn konnte, daß die Namen der Kinder nicht mit Zahlzeichen ausgedrückt werden sollen, ebensowenig leidet diese Bestimmung, welche übrigens die Nov. 107. nicht enthält, überhaupt eine allgemeine Anwendung auf alles Nachfolgende; Mühlenbruch a. a. O. S. 194., Höpfner a. a. O. not. 6., Thibaut System §. 845. (Ed. 8.) Daß aber die Beisetzung des Datums überhaupt nothwendig sey, um desto mehr den Aufsatz von einem bloßen Project zu unterscheiden, ist schon oben zur Fr. 2. bemerkt, und ist hier nur noch darauf aufmerksam zu machen, daß die dagegen angeführte l. 26. C. 3. 36. blos von der Theilung unter Eltern und Kindern spricht.

Zu 8) Die verneinende Entscheidung folgt von selbst daraus, daß nach l. 6. D. 1. 6. gegen liberi naturales kein juristisches Paternitätsverhältniß begründet ist; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 820., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 26., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 482. (127.), Fritz a. a. O. §. 24., Thibaut System §. 845. (Ed. 8.), Walch Intr. in contr. jur. civ. pag. 326. (Ed. 3.), Euler l. c. §. 30. Das Gesetz hat nur die Intestaterben in absteigender Linie als natürliche Erben ihrer Eltern und heredes ex asse vor Augen, was die liberi naturales dadurch, daß sie nach Umständen den sextantem erhalten können, noch keineswegs sind. Wenn Faber Dec. 35. err. 5., Berger Oecon. jur. Lib. I. tit. 4. §. 6. not. 2., Carpzov P. III. Const. 4. Def. 24., G. L. Böhmer in d. auserlesenen Rechtsfällen Bd. II. Abth. I. S. 267. ꝛc. u. A. für ihre Meinung, daß der Vater wenigstens dann, wenn er keine ehelichen Kinder hat, unter seinen außerehelichen Kindern auf privilegirte Art testiren könne, sich auf l. 4. C. 5. 29. berufen: naturalibus liberis providentes damus licentiam patribus eorum in his rebus, quas quocunque modo eis dederint vel reliquerint, so ist dagegen zu erinnern, daß die hier den Vätern gegebene Freiheit, ihren unehelichen Kindern auf irgend eine Weise entweder bei Lebzeiten oder testamentarisch etwas zuzuwenden, nicht wohl mit einer Bestimmnng über den modus testandi zu verwechseln ist. Ein jus singulare darf nicht ausgedehnt werden, mithin kann nur der Mutter zugestanden werden, unter ihren Kindern auf privilegirte Art zu testiren; s. Mühlenbruch a. a. O. S. 174., Kapff merkwürdige Civilrechtssprüche der höchsten und höheren Gerichtshöfe Würtembergs Bd. I. S. 101., Gmelin Abh., ob den Eltern das Recht, ein privilegirtes Testament zu machen, auch in Hinsicht ihrer unehelichen Kinder zustehe S. 5—7.

Zu 9) Diese stehen den ehelichen gleich, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 482. (127.), Schweppe a. a. O. Th. V. §. 820. not. 5., Mühlenbruch a. a. O. Thl. XLII. S. 174.

Zu 10) Die Literatur über diese Controverse s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. und zwar für die verneinende Meinung S. 171. not. 27., für die bejahende S. 173. not. 35. Das Uebergewicht der ersteren von Mühlenbruch selbst und neuerlich auch von Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 843. adoptirten Meinung beruht auf folgender Erwägung: da Justinian in der Nov. 107. nichts besonderes in dieser Beziehung bestimmt, so muß dieselbe in dem Sinn der früheren Gesetze von Constantin und Theodosius II., l. 1. C. Th. 2. 24. — l. 26. C. Just. 3. 36. — l. 21. §. 3. C. 6. 23. aufgefaßt

werden, an welche sich Justinian's Vorschrift nur anschließt, in welchen aber nur solche Descendenten gemeint sind, welche von den Eltern ab intestato beerbt werden.

Zu 11) Da das Gesetz einen bestimmten Aufbewahrungsort nicht vorschreibt, vielmehr in die Eigenhändigkeit der Erbeinsetzung alle entscheidende Kraft gelegt ist, so kann es der Giltigkeit der Disposition nicht schaden, wenn der Testirer einem seiner Söhne die Aufbewahrung anvertraut hat. Würde eines der übrigen Kinder sie für untergeschoben erklären, so müßte dasselbe den Beweis darüber führen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. S. 130., Walch l. c.

Zu 12) Mehrere von Glück Thl. XXXIV. S. 46. angeführte Rechtsgelehrte, denen er selbst beistimmt, behaupten: ein Blinder könne gar nicht auf die privilegirte Art unter seinen Kindern testiren, denn 1) seyen die Bedingungen, unter welchen ein Blinder solle testiren können, indistinct in den Gesetzen vorgeschrieben, §. 4. J. 2. 12., und 2) sage die Notariatsordn. §. 11.: „es ist auch nicht allein in einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten.“ Allein man kann entgegnen: zu 1) die Vorschriften über privilegirte Testamente gehören ad jura specialia, denen durch generelle Verordnungen nicht derogirt wird, und die Gesetze, welche von den vor 7 Zeugen errichteten Testamenten handeln, können nicht auf eine ganz andere Art von Testamenten angewendet werden. Zu 2) Nachdem in den Gesetzen über das Privilegium der, versteht sich mündlich, unter ihren Kindern testirenden Eltern blinde Eltern nicht ausgeschlossen seyen, so ist diejenige Auslegung vorzuziehen, wonach nur andere nicht privilegirte actus mortis causa, wie m. c. donationes in den Worten „anderen seinen letzten Willen“ verstanden werden. Es wird daher von mehreren Rechtslehrern für genügend geachtet, wenn blinde Eltern noch einen dritten Zeugen oder einen Notar, welcher für sie unterschreibt, beiziehen und nach geschehener Vorlesung und Unterschrift der Zeugen ihren letzten Willen von denselben besiegeln lassen, mithin die gemeinrechtlichen Vorschriften nur in so weit anwenden, als neben denselben das Privilegium bestehen kann; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 227., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 314., Leyser Sp. 367. Med. 8., Müller ad Leyser Obs. 569. T. IV. Fasc. I. p. 35., Wernher Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 1. p. 707.

Zu 13) Im römischen Recht findet sich keine Bestimmung, welche die Verneinung dieser Frage rechtfertigen könnte, aber die Worte der

Notariatsordnung, womit die Zulässigkeit der privilegirten Art zu testiren bedingt wird, nämlich „im Fall, da kein Ander ihr Testament zuvor gemacht," werden gewöhnlich dahin verstanden, daß ein solennes Testament durch ein solches testamentum imperfectum, wie man es zu nennen beliebt, nicht außer Kraft gesetzt werden könne; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 231. §. 1482. Je undeutlicher die angeführten Worte der Notariatsordnung sind, weshalb v. Bülow in den Abhandl. Th. I. S. 200., Th. II. S. 126—129. besonders dagegen eifert, daß man aus dieser doch ausdrücklich auf die Kaiserlichen Rechte verweisenden Instruction für Notarien eine in den Gesetzen nicht erfindliche Bestimmung schöpfen will, desto mehr findet man sich veranlaßt, auf die Rechtsquellen zurückzugehen. Die verneinende Meinung mehrerer Rechtsgelehrten, z. B. Rivinus D. de test. parent. priv. solenne prius conditum non infirmante., Heisler D. an et quatenus test. par. int. lib. aliud test. anterius rumpat etc., Thibaut System §. 845. stützt sich theils darauf, daß in Nov. 107. c. 2. zu einem solchen zweiten Testament 7 Zeugen erfordert würden, theils auf die Regel der l. 35. u. 153. D. de R. J. (50. 17.) eo genere quidquid dissolvi etc. Allein die Nov. cit. bestimmt blos den Fall, wo die Eltern nicht blos unter ihren Kindern testirt, sondern auch eine fremde Person eingesetzt haben, und die zweite Regel kann nur da Platz greifen, wo das Gesetz zu einer Handlung eine gewisse Form vorschreibt. Ueberwiegend scheinen daher die Gründe der bejahenden Meinung, s. Walch Intr. in contr. jur. civ. Sect. II. M. 4. §. 8., Madihn Princ. jur. Rom. P. II. §. 585., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1347., Jcti. Tub. Vol. II. Cons. 33. 217., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. no. 567.; denn der feierliche oder unfeierliche modus testandi ist nun einmal gesetzlich in die Willkür der Eltern gestellt, es steht daher nichts der Regel entgegen, daß das frühere durch das spätere Testament aufgehoben werde; l. 29. D. 36. 1. — §. 2. 3. J. 2. 17. Nach l. 2. D. 28. 3. wird nur erfordert, daß das testamentum posterius rite perfectum sey, oder ein besonderes privilegium für sich habe; auch spricht für diese Meinung die Analogie des testam. militis, durch dessen unfeierliches Testament auch das frühere feierliche aufgehoben wird.

Zu 14) Die Nov. 107. c. 2. legt, was eben auch gegen die eben bemerkte Stelle der Notariatsordnung auffallend contrastirt, dem privilegirten Testament der Eltern unter Kindern eine so eminente Kraft bei, daß, wenn der Testirer es widerrufen will, dies nicht anders gelte, als wenn er es vor 7 Zeugen oder in einem vollkom=

menen Testament thue. Dies ist auch die herrschende Lehre, s. v. Keller Pand. §. 503., obgleich auch an diesem Gesetz, dessen genügender Grund nicht schwer zu finden ist, und der damit zusammenhängenden Auth. Cod. de testam. (6. 23.) hoc inter liberos etc. verschiedene Auslegungen versucht worden sind; s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 3. no. 3., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. S. 125. Man pflegt übrigens in Praxi nicht der in den Lehrbüchern häufig aufgestellten Meinung zu folgen, daß selbst ein späteres solennes Testament, ohne Beifügung der clausula cassatoria, nicht genüge, sondern schlechterdings ein ausdrücklicher Widerruf erforderlich sey; s. Mühlenbruch a. a. O. Thl. XLII. S. 217., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. S. 195., v. Bülow a. a. O. Th. II. S. 124., Hofacker Princ. jur. civ. §. 1386., Franckenfeld Diss. cit. §. 24., vergl. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. S. 121., Schlüter jurist. Zeitung für das Königreich Hannover Bd. IV. H. 2. S. 66.

Zu 15) Wenn eine solche Disposition mit Zuziehung von 2 Zeugen errichtet wäre, müßte sie wohl von denjenigen, welche nicht die 5 Codicillarzeugen für erforderlich erachten, als giltig angesehen werden; Becker merkw. Rechtsfälle Bd. I. S. 148., s. oben zu Nr. 4.; außerdem müßte der Nießbrauch schon ex alio titulo begründet seyn.

Zu 16) Die Unvollständigkeit kann liegen:

a) in fehlenden Förmlichkeiten,

b) in der Willenserklärung oder dem Inhalt.

Fehlt zu a) etwas, das nach den Gesetzen nothwendig ist, damit das Rechtsgeschäft als das gelte, welches beabsichtigt wurde (nämlich als dispositio parentum inter liberos), dann kann dasselbe auch nicht durch die Codicillarclausel als eine also privilegirte Disposition aufrecht erhalten werden; l. 29. pr. D. 28. 1. — l. 11. §. 2. D. de legat. III. (32.), Glück Thl. XXXVIII. S. 404. Es kann aber auch eine Förmlichkeit fehlen, welche nach dem Gesetz wohl nicht nöthig wäre, aber weil sie der Testator ausdrücklich beabsichtet hat, durch die Unterlassung erst zu einer Mangelhaftigkeit wird.

Hat in diesem Fall der Testirer nur irriger Weise noch eine weitere Förmlichkeit für nöthig gehalten, dann ist bei der Unzweifelhaftigkeit seines materiellen Willens offenbar kein Grund vorhanden, seiner Disposition irgend etwas an ihrer Wirksamkeit zu entziehen; s. Glück Thl. XLIII. S. 188. not. 74. Es kann aber in manchen Fällen zweifelhaft seyn, ob der Testirer die Wirksamkeit seiner Dis-

position nicht erst von der vorbehaltenen Handlung in allem Ernst abhängig machen wollte; z. B. er hinterläßt einen Entwurf, welcher ganz als dispositio parentum inter liberos gelten könnte, und sich von einem noch nicht zur völligen Bestimmtheit des Willens gediehenen Project deutlich unterscheidet, der Testirer bemerkt aber darin, daß er diese Disposition dem Gericht übergeben, oder daß er noch Zeugen beiziehen wolle und dergl.

Hat der Testirer hier die Giltigkeitsclausel beigefügt, z. B. nach l. 29. §. 1. D. 28. 1. hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit, so fällt freilich jedes Bedenken weg; hat er sie aber unterlassen, so sind die Meinungen verschieden; Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVIII S. 410., Thl. XLII. S. 138. und 185. not. 74. erklärt sich gegen A. Faber Err. Pragm. Dec. 36. Err. 10. und Wernher Obs. for. P. V. Obs. 248. für die Ungiltigkeit der Disposition, fügt aber doch eine solche Modification bei, vermöge deren die Aufrechthaltung derselben selten mißlingen wird, denn er gesteht, daß favor testamenti nicht leicht anzunehmen gestatte, daß der Testator den Rechtsbestand seiner Verfügung von einer an sich unnöthigen Form habe abhängig machen wollen. So ist auch in v. Rüling's Entscheidungen des O.=A.=Ger. in Celle no. 98. angenommen, wenn die Eltern in einem Testament unter ihren Kindern erklärt haben, dasselbe gerichtlich niederlegen zu wollen, dieses aber nachher unterblieben ist, so schade dies der Giltigkeit ihres Testaments nichts.

Zu b) In Ansehung des Inhalts ist in den Gesetzen Alles so genau bestimmt, daß es durchaus nicht an irgend einem Stück fehlen darf, welches sie zur Giltigkeit des Testaments ausdrücklich fordern. Für alle Fälle ist übrigens zu bemerken, daß dergleichen Mängel noch nicht verhindern, daß eine unvollständige dispositio par. inter liber. nicht als eine von sonstigen Förmlichkeiten dispensirte divisio parentum inter liberos gelten könne, wenn sie nur deren gesetzlichen Erfordernissen entspricht.

Zu 17) Das Wesentliche eines solchen Testaments liegt bekanntlich nicht in der gerichtlichen Aufbewahrung, mithin ist die Zurücknahme eben so willkürlich, und wenn sich das Testament unversehrt beim Testirer vorgefunden hat, so kann dies in Ermangelung anderer Kennzeichen seiner auf Widerruf gerichteten Absicht, s. l. 19. C. 6. 23., Stryck de cautel. testam. cap. 24. §. 38., Leyser Sp. 359. Med. 13., der fortdauernden Giltigkeit desselben nicht schaden; Schmidt hinterlassene Abhandlungen Th. II. S. 11.

§. 160.

d) Divisio parentum inter liberos.

Nach R. R. ist eine Theilung der Eltern unter Kindern, als deren Object immer nur das Vermögen als ein Ganzes gedacht werden darf, s. Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3., dadurch eigenthümlich charakterisirt, daß dabei nicht über das Erbrecht, sondern unter Voraussetzung der gesetzlichen Erbfolge, durch welche die Erbschaftsquoten schon bestimmt und daher einer anderweiten Bestimmung entzogen sind, unmittelbar über die Erbschaftsgegenstände disponirt wird.*) Darin liegt der Grund, warum eine namentliche Erbeinsetzung der Kinder darin nicht nöthig ist (s. v. Rüling Entscheidungen des O.=A.=Ger. in Celle no. 34.), und die Solennitäten des testamentum parentum inter liberos wegfallen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 233. Sie erscheint daher entweder als ein purer Act der elterlichen Autorität, wenn der Aufsatz darüber, welcher ohne alle Solennität gilt, blos von den Eltern unterschrieben ist, oder als ein Uebereinkommen der Kinder unter sich, unter elterlicher Zustimmung, wenn diese nebst den Eltern oder auch nur unter deren stillschweigender Zustimmung unterzeichnet haben. Für die Eltern aber behält der Act in beiden Fällen nur eine widerrufliche Natur; Schweppe röm. Privatrecht Bd. V. §. 820., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 243. Eine divisio par. inter lib. kann weder eine eigentliche Erbeinsetzung noch Enterbung oder Ausschließung der Notherben enthalten. Ist ein Kind übergangen, so kann es seinen vollen Intestaterbtheil auch an den vertheilten Sachen verlangen; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 867. Da nach deutschem Recht h. z. T. eine Theilung der Eltern unter Kindern auch durch Vertrag stattfindet, und wohl häufiger in dieser Art vorkommen kann, so fragt sich:

1) ob im Zweifel eine vertragsmäßige, mithin unwiderrufliche Theilung anzunehmen sey, oder ob die Widerruflichkeit die Regel ausmache?

---

*) Daher kann auch von der qu. inofficiosi bei der divisio parentum inter liberos nicht die Rede seyn, denn es tritt ja bei ihr die Intestaterbfolge ein. Hat der parens das ganze Vermögen vertheilt, so kann act. ad supplendam legitimam eintreten. Betrifft aber die Theilung nur einen Theil des Vermögens, so succediren die Kinder in das Uebrige nach den Bestimmungen der Intestaterbfolge, v. Pufendorf Observationen S. 46., oder nach dem Verhältniß der Erbtheile, zu welchen sie in einem etwaigen Testament eingesetzt sind.

2) ob in einer elterlichen Gütertheilung auch Collationsverbindlichkeiten angeordnet werden können?

3) ob die Kinder schuldig sind, sich gegenseitig die Gewähr zu leisten, wenn ihr Vater sein Vermögen unter sie vertheilt hat?

4) Man setze den Fall: ein Vater vertheilt seine Güter und übergibt sie seinen Söhnen, Töchtern und einem Enkel von seiner bereits verstorbenen Tochter, in der Folge aber stirbt der Enkel noch vor ihm, fällt dann der Gütertheil des Enkels dessen Vater als gesetzlichem Erben zu, oder fällt er an dessen Großvater zurück?

Zu 1) Natura actus involvirt an sich nicht einen Vertrag. Die vertragsmäßige Eigenschaft einer Theilung der Eltern unter Kindern, zu welcher diese auch schon eingewilligt haben, kann daher nur dann angenommen werden, wenn die Absicht einer unwiderruflichen Verpflichtung aller Betheiligten ganz unzweifelhaft aus der Fassung hervorgeht; s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 107. Ist jedoch eine solche Theilung der Eltern unter ihren Kindern nach dem Tode jener von diesen sämmtlich verbis vel factis anerkannt, so erhält sie dadurch verbindende Kraft. Von der divis. par. int. liber. muß aber eine förmliche Güterabtretung wohl unterschieden werden, welche gewöhnlich als ein zweiseitiges Geschäft, und, wenn damit nicht eine Vertheilung des übrigen Nachlasses unter den Kindern verbunden wird, als ein Geschäft ganz anderer Art erscheint; s. Pfeiffer a. a. O., vergl. v. Batz Abhandl. über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts no. 242. von der Natur elterlicher Vermögenstheilungen.

Zu 2) Daß die Collation in einer solchen Verfügung erlassen werden könne, ist unbestritten; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 236. vergl. l. 39. §. 1. D. 10. 2. — Nov. 18. c. 6. u. Auth. ex testamento C. de collat. (6. 20.) Bestritten aber ist, ob darin eine Collation, welche nach den Gesetzen nicht gefordert werden könnte, auf verbindende Weise angeordnet werden könne; und allerdings wird man dies verneinen müssen, weil die Grundlage einer elterlichen Gütertheilung immer nur die gesetzliche Erbfolge seyn kann, mithin keine andere Collationsverbindlichkeit, als welche in den Gesetzen begründet ist, festgesetzt werden kann; s. v. Bülow Abhandl. Bd. I. S. 209.

Zu 3) Es wird hie und da als communis opinio Doctorum be-

hauptet, daß Eviction nicht gefordert werden könne, weil es ja dem Vater frei stehe, sein Vermögen gleich oder ungleich zu vertheilen, und auch bei Schenkungen keine Eviction gefordert werden kann; Gaill Obs. Lib. II. Obs. 116., Cocceji jus controv. Lib. X. tit. 2. §. 11. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung aber, z. B. Stryck Us. mod. Pand. Lib. X. tit. 2. §. 9., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 280., Walch Controv. jur. civ. p. 672. (Ed. 3.), Schilter Ex. XX. th. 86., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 242., v. Buchholtz Lehre v. d. Prälegaten S. 233. und 239. leiten die Evictionsverbindlichkeit aus dem präsumtiven Willen der Eltern ab, und berufen sich dafür vorzüglich auf l. 77. §. 8. D. de legat. II. (31.) und l. 33. D. 10. 2. Diese Meinung scheint allerdings der ersteren vorgezogen werden zu müssen, denn:

a) die Präsumtion für Gleichstellung der Kinder ist in den Gesetzen selbst stabilirt, indem sie die Grundlage der Lehre von der Collation ausmacht;

b) indem die Eltern dem einen Kind Dieses, dem andern Jenes zuwenden, muß ihre Absicht auch auf das Interesse gerichtet angenommen werden, falls die Realisirung durch eine unvorhergesehene Unmöglichkeit vereitelt würde. Die von den Eltern vorgenommene Theilung ist nur eine Modalität der Intestaterbtheilung, aber im Wesen dasselbe, mithin muß sie auch deren unzweifelhaften Regeln folgen.

c) Es ist, auch wenn der Pflichttheil überstiegen wird, doch eigentlich nicht als eine Schenkung zu betrachten, wenn Eltern das gesetzliche Erbrecht ihrer Kinder anerkennen. Die l. 77. §. 8. cit. läßt darüber keinem Zweifel Raum, denn es wird darin ein solcher Fall, wo einem der Söhne eine gewisse Sache fideicommißweise hinterlassen ist, genau unterschieden von dem Fall, wenn der Vater eine Theilung unter seinen Kindern gemacht hat, und die Eviction nur nicht im ersteren, wohl aber im letzteren statuirt, und zwar unter ausdrücklicher Beziehung auf den vermutheten Willen des Vaters. Auch l. 33. D. 10. 2. mag zur Bestätigung dienen, denn man kann diese freilich sehr dunkle Gesetzstelle wohl nicht anders als so verstehen: wenn ein Vater, indem er seinen beiden Söhnen Landgüter vermachte, selbst die Vertheilung vorgenommen hat, und das eine dieser Güter mit einer Hypothekschuld belastet war, das andere nicht, so ist der Eine sein erbschaftliches Recht an dem hypothekfreien

Gut*), das dem Andern zugewiesen ist, diesem nicht anders abzutreten schuldig, als wenn dieser das andere von der Hypothek zu befreien für seinen Antheil zu concurriren bereit ist.

Zu 4) Nach den Bemerkungen im Eingang und zu Fr. 1. muß man außer dem besondern Fall eines durch förmlichen Vertrag erworbenen Rechts für den Rückfall an den Großvater entscheiden; divisio inter liberos est species ultimae voluntatis, quae, si per mortem testatoris vim atque effectum nondum sortita est, semper potest revocari; Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. §. 6. not. 9., Wernher Obs. P. I. obs. 5., Pfitzer über die Collation §. 109. Von einem Accrescenzrecht kann dabei nicht die Rede seyn, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 866.

---

§. 161.

6. Von der Erbeinsetzung.

a) im Allgemeinen.

Inst. II. 14. Dig. XXVIII. 5. de heredibus instituendis. Cod. VI. 24. de heredibus instituendis, et quae personae heredes institui non possunt.

Voranzustellen ist hier der römischrechtliche Begriff eines Erben, welcher darauf beruht, daß durch den Erbschaftsantritt die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben übergeht, gleichviel, ob der Erben nur Einer oder deren Mehrere sind. Immer ist jeder Erbe Universalsuccessor, also heres ex asse, nur die Ausübung des Erbrechts kann im zweiten Fall beschränkt seyn. Solo concursu fiunt partes. Aus dem aufgestellten Begriff folgt von selbst, daß eine deficirende oder unvertheilt gebliebene Portion nothwendig den Miterben zufällt; l. 80. §. 1. D. 29. 2. — l. 59. §. 5. D. 28. 5. — l. 35. pr. D. 29. 2. Ferner: wenn Jemand auf 2 Portionen eingesetzt ist, auf eine unbedingt, auf die andere unter einer Suspensivbedingung, so folgt ihm die zweite Portion in Folge seiner Erbschaftsantretung von selbst nach, sobald die Bedingung existent geworden ist. Aber auch sogar adhuc pendente conditione kann ihm die Erbschaft schon so vollständig erworben seyn, daß er sie auf seine Erben transmittirt, wie fol-

*) Beide Söhne stehen nämlich als Erben beider Güter in gleichem Verhältniß und haben ursprünglich ein ungetheiltes Recht an dem Ganzen der Erbschaft.

gender Fall zeigt: wenn ein einziger Erbe auf eine Portion unbedingt, auf die andere sub conditione suspensiva eingesetzt ist, so steht seinem vollständigen Erwerb nichts entgegen, denn kommt die Bedingung in Erfüllung, so ist sie ja purificirt, und deficirt sie, so ist kein Concurrent gegeben, sofern nicht ein Substitut oder ein Miterbe für den bedingten Theil ernannt ist; l. 33. D. 28. 5. — l. 59. §. 6. D. 28. 5. — l. 52. §. 1. D. 29. 2., Fuchs im civil. Archiv Bd. XXXIX. S. 241.

Nächst den als bekannt vorauszusetzenden Bedingungen der testamenti factio passiva und des jus capiendi (s. v. Vangerow Pand. §. 429. u. Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 360., Thl. XXXIX. S. 158. u. 179.), kommen in Ansehung der Modalitäten der Erbeinsetzung folgende Fragen in Betracht:

1) Welcher Zeitpunkt ist für die Fähigkeit des Erben bei einer bedingten Erbeinsetzung der entscheidende?
2) Wenn es gleich zu einer giltigen Erbeinsetzung genügt, daß die Benennung oder Bezeichnung des Erben keinen Zweifel über die Individualität übrig läßt, §. 29. J. 2. 20. — l. 9. pr. §. 8. l. 62. §. 1. D. 28. 5., so fragt sich doch, ob eine Erbeinsetzung auch implicite geschehen könne, oder nothwendig dispositive geschehen müsse; z. B. wenn der Testirende sagt: „ich setze den T. zum Erben ein, wenn M. vor mir mit Tod abgegangen seyn wird" — ist dann M. als instituirt anzusehen? oder, wenn es heißt: „ich setze den E. zum Erben ein, würde aber derselbe ohne Kinder sterben, so soll die Erbschaft an den Z. fallen" — sind da die Kinder des E. als Fideicommissare eingesetzt anzusehen?
3) Es versteht sich zwar von selbst, daß, wenn nur Ein Erbe eingesetzt ist, dieser das Ganze erhält*); wenn aber Mehrere ohne Bestimmung eines Theilverhältnisses eingesetzt sind, nach welchen Grundsätzen richtet sich dann die Vertheilung?
4) Wenn von mehreren Erben Einer auf eine gewisse Sache eingesetzt ist, die Andern aber schlechthin oder mit Bestim-

*) Ueber die Regel: daß heres unicus ex re certa scriptus die ganze Erbschaft erwerbe, s. Pfeiffer Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel Bd. I. S. 37., wo gezeigt ist, daß h. z. T. dieselbe nicht immer anwendbar sey, denn der Erblasser testirt oft nur deswegen über gewisse Gegenstände seines Vermögens, weil andere, z. B. Lehen, Stammgüter u. dergl., einer anderen rechtlichen Bestimmung unterworfen sind; cf. Leyser Sp. 361. Med. 3., Stryck Us. mod Pand Lib. 28. tit. 5. §. 5—8.

mung der Erbtheile instituirt sind, ist dann der heres in re certa institutus nicht vielmehr nur als Legatar zu beurtheilen?

5) Wenn Mehrere zu Erben eingesetzt sind, doch so, daß Jedem eine gewisse Sache angewiesen ist, z. B. A. soll mein Haus haben, B. meine Aecker, C. meinen Garten, und diese Gegenstände von sehr ungleichem Werth sind, nach welchem Verhältniß müssen dann diese Erben zu den Schulden des Erblassers concurriren?

6) Wenn Mehrere zu Erben in einem gewissen Gut nach bestimmten Theilen eingesetzt sind, z. B. A. zu $^1/_3$, B. zu $^2/_3$, gilt da der nämliche Grundsatz?

7) Wer ist in dem Fall als eigentlicher Erbe anzusehen, wenn der Erblasser den A. in den Nießbrauch seines Vermögens zum Erben eingesetzt, dabei aber verordnet hat, daß nach dessen Tod B. sein Erbe seyn soll?

8) Wenn Jemand also testirt: „T. soll zugleich mit seinen Söhnen und S. sollen meine Erben seyn" — sind dann Kopftheile oder zwei Hälften zu machen?

Anmerkung. Von Erbeinsetzungen unter alternativen oder mehreren Bedingungen s. oben Kap. III. §. 148. zu Fr. 6. u. 8. u. über die Frage, ob der Satz des röm. Rechts: daß eine Erbeinsetzung nicht in die Willkür eines Dritten gestellt werden könne, durch das canonische Recht aufgehoben sey? s. oben Kap. III. §. 147. zu Fr. 6.

Zu 1) Nach einer älteren Meinung müßte zwar dann die Erbfähigkeit in drei Zeitpunkten, nämlich der Testamentserrichtung, des Todesfalls des Testators und der Erfüllung der Bedingung stattgefunden haben, s. Höpfners Institt. §. 482. not. 4., allein dieses ist hinlänglich widerlegt in G. H. Lehr Erörterung der Frage: in welchem Zeitpunkt der Testamentserbe oder Legatar erbfähig seyn müsse? (Darmstadt 1792.) Die Natur der Sache bietet keine andere Verschiedenheit im Gegensatz der unbedingten Erbeinsetzung dar, als daß an die Stelle der Todeszeit des Erblassers die der existent gewordenen Bedingung tritt, folglich zu dieser und zur Zeit der Testamentserrichtung die Erbfähigkeit bestanden und bis zur wirklichen Erwerbung fortgedauert haben müsse; s. Glück Thl. XXXIX. S. 128., Thibaut System §. 947.

Zu 2) Nach dem Pandectenrecht, s. l. 16. D. 28. 6. — l. 19. D. 28. 5., ist die Regel wohl unzweifelhaft: positus in conditione non est positus in dispositione, wonach in den unterstellten Fällen weder M. noch die Kinder des E. als eingesetzt gelten könnten, und dafür ist auch die gemeine Meinung so ziemlich entschieden; s. die Lehrbücher von Schweppe §. 809., v. Wening=Ingenheim §. 455., Mühlenbruch §. 666., Puchta §. 473. Anm. c. Wohl scheint der vernünftigen Beurtheilung des Richters mehr Freiheit durch die Verordnung des Codex l. 15. C. 6. 23. gestattet zu seyn, welche das alte Formularwesen mit den Worten beseitigt: in quolibet loquendi genere formata institutio valet, und deshalb hat auch die Meinung, daß die Entscheidung sich jedesmal nur nach der aus den Umständen des einzelnen Falls erkennbaren Absicht des Testators zu richten habe, bedeutende Anhänger gefunden, cf. J. H. Boehmer de verbis directis et obliquis §. 16. in Exerc. ad Pand. I. no. 4., Höpfner Institt. §. 474. not. 4. a. E, Heisler D. de liberis positis in conditione comprehensis etiam in dispositione §. 13. und 18. Halae 1754., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 449. not. 1. Am meisten läßt sich für diese Meinung in Betreff des zweiten in unserer Frage unterstellten Falles (einer Substitution) sagen, auf welchen auch Heisler a. a. O. seine Vertheidigung beschränkt, denn Fideicommisse können ja auch stillschweigend angeordnet werden, l. 37. D. 28. 5., aber im Allgemeinen die Pandectenregel durch die angeführte Stelle des Codex für aufgehoben zu achten, findet Mühlenbruch*) bei Glück Thl. XL. S. 234. besonders deswegen bedenklich, weil dieselbe älter sey, als die Pandecten, und weil sie auch nicht eigentlich das Gegentheil ausspreche. Sie sagt freilich sehr ausdrucksvoll: quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit, ademtis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat aut inflexis.**) Damit ist aber gleichwohl der herrschenden Meinung nach nicht der Grundsatz ausgeschlossen, daß eine Erbeinsetzung dispositivis verbis geschehen müsse. (Vergl. jedoch das folgende Kap. IV. §. 175. Nr. 9.)

*) welcher sich vorzüglich die Widerlegung Heisler's zur Aufgabe gemacht hat, und auch die in l. 1. C. 2. 3. (vergl. die deutsch. Uebers. des Corp. jur. Bd. V. S. 277. not. 6.) gegebene Entscheidung gegen den Fideicommißerben, freilich sehr zweifelhafter Weise, daraus erklärt, daß dieser in conditione positus war.

**) Die deutsche Uebersetzung liest: „in directen (unmittelbaren) oder indirecten (mittelbaren) Worten."

Zu 3) Die Regel: in dubio partes esse aequales, kann durch die Constructionsweise eine Abweichung erleiden; z. B. der Erblasser sagte: „A. und B. sollen meine Erben seyn, C. soll mein Erbe seyn." Wenn auf solche Art conjuncti im Gegensatz mit einem disjunctus stehen, so gilt die Regel: plures personae in eadem propositione nominatae pro una habentur, mithin wird die Erbschaft in zwei Hälften getheilt, wovon dem A. und B. zusammen die eine, dem C. die andere zukommt; l. 11. l. 59. §. 2. D. 28. 5. — cf. l. 15. pr. D. eod. l. 142. D. 50. 16. Die bemerkte Folge der disjunctiven Stellung zu conjunctis kann aber durch einen ausgleichenden Zusatz aufgehoben werden, z. B. nach l. 13. pr. D. 28. 5., wenn es heißt: Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto, so wird angenommen, daß durchaus Virilportionen stattfinden, wäre aber der Beisatz aeque weggelassen, so würde dem Primus die Hälfte, und den durch einen Collectivnamen verbundenen (sc. fratris filiis) die andere Hälfte zuzutheilen seyn.*) cf. l. 66. D. 28. 5., Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 112.

Zu 4) Mehrere wollen, besonders wegen l. 13. C. 6. 24., einen also Instituirten in allen Beziehungen nur als Legatar behandelt wissen, s. Thibaut System §. 669. S. 613. (Ed. 8.), theilweise, nämlich blos im Verhältniß zu den andern Erben, auch Höpfner Institt. §. 494., Leyser Med. Sp. 361., früher auch Glück Thl. IX. S. 187. not. 33., welcher aber im Thl. XXXIV. S. 360. seine

---

*) Dafür entscheidet aber in diesem Fall noch ein anderer Grund; wenn nämlich der Erblasser mehrere Verwandte, welche seine Intestaterben zu ungleichen Theilen geworden wären, ohne Theilbestimmung zu Erben einsetzt, so darf man wohl mit Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 28. tit. 5. §. 14. annehmen: in dubio testator juris communis dispositionem secutus videtur. Eine Abweichung hätte einer deutlichen Erklärung bedurft. Bei der heutigen Ausdrucksweise werden diese und andere confuse Bestimmungen in Testamenten wohl selten vorkommen. In Ansehung der Regeln für die Fälle, wenn der Testirer zu wenig oder zu viel vertheilt hat, siehe l. 13. §. 2. u. 4—7. D. 28. 5. — §. 6. u. 7. J. 2. 14., oder wenn die Zahl der Erben sich verändert hat, l. 13. pr. D. 28. 2. — l. 47. §. 1. l. 81. pr. D. 28. 5., oder wenn einige Erben auf Theile der Erbschaft, andere unbestimmt eingesetzt sind, l. 17. pr. §. 1—5. D. 28. 5. u. dergl., für welche ein praktisches Bedürfniß so selten erscheint, wird hier füglich auf die ausführlichen Erörterungen Anderer verwiesen werden können; s. Schrader civilist. Abhandlungen no. 4.; Cocceji jus controv. Lib. 28. tit. 5. qu. 11., Schweikart in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 372., Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 19., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 449. not. 3., welcher sich über alle früheren Discussionen gründlich verbreitet.

Meinung eben so wie Mühlenbruch die in der Doctr. Pand. §. 666. not. 5. aufgestellte später in der Forts. von Glück Thl. XXXVI. S. 353. not. 93. und theilweise wieder im Thl. XL. S. 169. abgeändert hat. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 449. not. 2. hält dafür, der heres ex re certa sey wahrer Erbe, nur daß bei ihm die Singularität eintritt, daß die ihm zugewiesenen res certae seine Erbportion bilden, daß er also zwar nur auf die einzelne ihm angewiesene Sache beschränkt und so außer aller Beziehung zu den Erbschaftsforderungen und Erbschaftsschulden gesetzt, aber rücksichtlich dieser ihm angewiesenen Sache wahres Erbrecht durch das judicium famil. ercisc. nach l. 35. pr. D. 28. 5. cf. l. 1. Greg. Cod. de fam. ercisc. et communi divid. geltend zu machen, und auch gegen Dritte zu Vindicationen berechtigt ist, auch selbst wenn er nur auf den Nießbrauch tanquam in re certa eingesetzt wäre, allerdings, s. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 127., die ganze Erbschaft alsdann in Anspruch nehmen kann, wenn kein Miterbe da ist, l. 1. §. 4. D. 28. 5. — l. 41. §. 8. D. 28. 6. — l. 29. D. 36. 1. — §. 3. J. 2. 17., daß ihm, wenn einzelne Miterben ausfallen, das jus accrescendi zukommt; daß er auch, wenn er ein Notherbe ist, und die res certa nicht den Pflichttheil erreicht, nach Nov. 115. c. 3. die Ergänzungsklage anzustellen hat, endlich ihm nicht, wie Legataren, die quarta Falcidia abgezogen werden darf, vielmehr er zu deren Abzug gegen die Legatare berechtigt ist. Damit stimmen überein Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 810.; Francke Recht des Notherben S. 338., welchen früher vorangegangen war Hennemann Untersuchung zweier Rechtsfragen*) S. 8., Volkmann D. de hered. e re certa scriptis §. 12.

Allein gegen die Behauptung, der heres ex re certa sey immerhin Erbe nur mit der vorhin bemerkten Singularität, läßt sich einwenden, daß das keine Singularität mehr genannt werden kann, was den wesentlichen juristischen Charakter eines Erben, nämlich successio in jus universum defuncti vernichtet, und daß es nicht denkbar ist, daß man zugleich successor in rem singulam und per universitatem sey; auch scheinen alle Bemühungen, die jener Ansicht geradezu entgegenstehende l. 13. C. 6. 24.**) durch Auslegungskunst außer Widerspruch zu setzen, gar sehr gezwungen.

---

*) No. 1. ob ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe neben einem ohne gleiche Beschränkung eingesetzten als Legatarius anzusehen sey.

**) Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, *quos legatariorum*

Am meisten scheint sich daher die neueste von v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 73. 2c. aufgestellte Ansicht zu empfehlen, welche dahin geht:

Gewiß ist es, daß der heres ex re certa, wenn neben ihm kein Anderer zum Erben eingesetzt worden, die ganze Erbschaft bekömmt; l. 1. §. 4. D. 28. 5. — l. 41. §. 8. in f. D. 28. 6. si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione. Ein solcher wird also so behandelt, als wenn der res certa gar keine Erwähnung geschehen wäre, daher rumpirt auch ein späteres Testament, in welchem ein heres ex re certa eingesetzt worden, das frühere, und der institutus ex re certa kann, wenn er mit einem fideicommisso hereditatis beschwert worden, die quarta abziehen, wenn die res certa, welche er behält, weniger beträgt; §. 3. J. 2. 17. — l. 29. D. 36. 1. Nach demselben Princip theilen mehrere ex re certa instituti die ganze Erbschaft, selbst wenn sie auf Quoten derselben Sache eingesetzt sind. Perinde habendum, ac si nec fundum nec partes nominasset testator l. 10. l. 11. l. 35. l. 78. D. 28. 5. vorausgesetzt im letzteren Fall, si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur. Die Sachen, auf welche die Erbeinsetzungen stattgefunden haben, bekommen sie als Prälegat. Diese Prälegata sind wie andere dem Abzug der quarta Falcidia unterworfen, l. 78. pr. D. 28. 5. — und es findet wegen dieser Prälegate, wie bei dem Prälegat überhaupt, die act. familiae erciscundae statt, s. l. 35. D. 28. 5., welche allerdings nur von dem Falle handelt, wo mehrere ex re certa instituirt sind, und keine Miterben haben. Allen diesen Gesetzstellen liegt der Gedanke deutlich zum Grunde, die institutio ex re certa sey eigentlich keine gehörige Institution, jedoch werde sie erhalten dadurch, daß man sich die Erwähnung der Sache hinwegdenke; cf. l. 9. §. 13. D. 28. 5. Dies geht aber dann nicht an, wenn neben einem solchen institutus ex re certa Andere entweder mit oder ohne Bestimmung von Quoten zu Erben eingesetzt sind. Wenn er mit diesen concurrirt, kann er nur als Legatar behandelt werden, und wenn diese wegfallen, als bedingt Instituirter.

[Vangerow Pand. III. §. 449. S. 179. der 6. Aufl. sagt,

---

loco haberi certum est, alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.

unter Aufgebung seiner früheren Ansicht über die Erbeinsetzung auf bestimmte Sachen neben ordentlichen Erben: „Von allen diesen sich durchkreuzenden Meinungen, von denen keine einzige wahre Befriedigung gewähren kann, weil eine civilistische Construction derselben unmöglich ist, und sie sämmtlich nur als mehr oder weniger anomale Nothbehelfe erscheinen, unterscheidet sich wesentlich die Ansicht, welche jetzt Neuner Die heredis institutio ex re certa (1853) S. 341 ff. aufgestellt und in so überzeugender Weise entwickelt hat, daß voraussichtlich dieselbe in Kurzem die allgemein angenommene seyn wird, und somit eine berühmte Controverse ihre Lösung gefunden haben dürfte." Neuner geht von dem Gedanken aus, daß in einer institutio ex certa re allerdings eine vitiöse Erbeinsetzung vorliege; allein dieselbe werde künstlich aufrecht erhalten, nämlich durch Unterstellung der Idee, daß der institutus ein heres sine parte scriptus detracta rei certae mentione sey, was aus l. 35. D. 28. 5. — l. 1. Cod. Greg. de fam. hercisc. — Nov. 107. c. 1. und Nov. 115. c. 5. hervorgehe; die andere Seite der Disposition, nämlich die Beschränkung auf res certa anlangend, so sey darin ein stillschweigendes Universalfideicommiß zu Gunsten der sine partibus oder ex certis partibus instituirten Miterben und daneben ein stillschweigendes Singularfideicommiß der res certa für den auf diese Sache Eingesetzten enthalten, d. h. der heres ex re certa habe seine Erbportion als Universalfideicommiß an seine Miterben zu restituiren, von denen er dagegen die ihm bestimmte res certa als Singularfideicommiß zurückerhalte — l. 29. D. 36. 1. — §. 3. J. 2. 17. — und besonders l. 69. pr. D. de legat. II. — Hiernach genügt diese institutio dem formellen Notherbrecht, der institutus hat Accrescenzrecht, das Recht auf Abzug der Trebellianischen Quart und das judicium familiae hercisc., wogegen auch die testamentarische Collation und das Verbot, daß ein Erbe Testamentszeuge sey, auf ihn Anwendung leiden muß; in Betreff der ihm zukommenden res certa aber gelten die gewöhnlichen Grundsätze vom Vermächtniß über dies cedens und veniens, Abzug der Falcid. Quart, Rechtsmittel. Die von Just. in l. 13. C. 6. 24. eingeführte Neuerung geht demnach dahin, daß die Restitution nicht erst wirklich zu geschehen braucht, sondern von vorn herein als bewirkt fingirt werden soll, so daß der heres ex re certa sofort auf diese res beschränkt und von allem Gebrauch der actiones hereditariae ausgeschlossen ist, welche auf die Miterben (bez. Universalfideicommissare) unmittelbar mit dem Erbschaftsantritt activ und passiv so übergehen, wie dies vor Justinian nur nach wirklich vollzogener Erbschaftsrestitution angenommen werden konnte.

Dieser Neuner'schen Ansicht sind auch Arndts Pand. §. 493. und Brinz Pand. II. S. 768 ff. beigetreten, wogegen v. Keller Pand. §. 485. im Wesentlichen noch der Löhr'schen Ansicht folgt.]

Zu 5) Die drei Erben müssen gleichwohl gleichheitlich concurriren, indem die ihnen angewiesenen Objecte als Voraus und nicht als Erbquote zu betrachten sind, fundos enim vice praeceptionis accipiendos; l. 35. §. 1. l. 78. pr. D. 28. 5.

Zu 6) In der Regel gilt hier dasselbe; es wird also auf die Erwähnung des Grundstücks keine Rücksicht genommen, sondern die Sache so angesehen, als wären A. und B. ohne Bestimmung von eigentlichen Erbtheilen eingesetzt, doch ist hier der Beisatz in der diesen Fall entscheidenden l. 9. §. 13. D. 28. 5. zu beachten: si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur; denn es könnte ja der Fall seyn, daß der Erblasser außer dem zur Erbschaft angewiesenen Grundstück so viel als nichts hinterlassen hätte und wirklich die Theile des fundus als Erbquoten habe bezeichnen wollen; cf. l. 10. D. 28. 5., Glück Thl. XL. S. 179.

Zu 7) Man kann eine solche Anordnung auf verschiedene Weise auffassen:

a) so daß die Absicht des Testirers für den A. auf Institution, für den B. aber auf Substitution gerichtet sey, und zwar auf vulgäre, wenn A. gar nicht Erbe würde, auf fideicommissarische, wenn B. den A. überleben wird. Wenn z. B. der Testator sagte: ich setze meine Frau zur Erbin im Nießbrauch meines gesammten Vermögens ein, nach ihrem Tode soll N. mein Erbe seyn, so wäre dies so zu verstehen: meine Frau setze ich zur Erbin ein, es soll aber nach deren Tode die Erbschaft ohne allen Abzug dem N. restituirt werden; s. Mühlenbruch Forts. von Glück Thl. XL. S. 186. mit Bezug auf Huber Prael. ad. Dig. 28. 5., Müller ad Struv. Ex. 30. §. 6. Oder

b) der zum Nießbrauch berufene A. werde durch die bloße Bezeichnung als Erbe nicht wahrer Erbe, denn für den Erwerb ex tit. universali reiche die bloße Bezeichnung als Erbe nach l. 13. C. 6. 24. nicht hin. Als heres in re singulari (sc. usufructu) könne er nur als Legatar betrachtet werden. B. sey vielmehr wahrer Erbe, wenn gleich ex die incerto, jedoch mit der Verbindlichkeit, dem A. den Usufruct zu gewähren; s. Thibaut System §. 956. (Ed. 8.), Glück Thl. IX. S. 185., Seuffert und Glück's Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIX. S. 108., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. Buch V. §. 351.

c) Nach einer dritten Meinung sollen sowohl A. als B. als Erben gelten, A. im Nießbrauch, B. in der Substanz, letzterer jedoch nur ex die incerto, mithin bedingt, falls er den A. überleben wird; s. Hennemann Untersuch. zweier Rechtsfragen Fr. 2. §. 5. u. 6.

Die zweite dieser Meinungen scheint die überwiegende zu seyn.

Zu 8) Die l. 11. C. 6. 26. entscheidet: daß Titius mit seinen Söhnen die eine Hälfte, die zweite Hälfte aber Sempronius zu erhalten habe. Diese Entscheidung scheint außer dem im Gesetz angeführten Grund, „daß schon von Natur Vater und Sohn fast für Eine Person angesehen werden," auch durch das zur Fr. 3. Bemerkte gerechtfertigt zu werden.

Note. Von den einer Erbeinsetzung beigefügten Bedingungen s. oben Kap. III. §. 148.

---

§. 162.

b) Testamentum mysticum.

Bekanntlich kann — obgleich nach gemeinem Recht die Erbeinsetzung ein wesentliches Erforderniß der Testamente ist — doch die Benennung des Erben in demselben durch Verweisung auf eine schriftliche Urkunde (Scheda testamentaria), in welcher dessen Benennung enthalten, umgangen werden. Findet dies aber auch statt, wenn der Erblasser mündlich testirt?

In Ansehung dieser Streitfrage behaupten die Vertheidiger der bejahenden wie der verneinenden Meinung, daß die ihrige in Praxi augenommen sey. Von der ersteren scheint dies indeß mit mehr Grund behauptet werden zu können, da sie sogar in mehrere Gesetzbücher übergegangen ist, s. Würtemberg. Landr. Thl. III. Tit. 3. §. 12., Cod. Civil. Bavar. P. III. cap. 3. §. 6. Selbst mehrere von Glück Thl. XXXV. S. 14. u. S. 21. not. 30. für seine verneinende Meinung angeführte Gewährsmänner erkennen umgekehrt vielmehr die bejahende als die in Praxi angenommene an; namentlich Thibaut System §. 832. der neuesten u. §. 695. der älteren Ausg., u. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1269.; auch ist den von Glück a. a. O. not. 18. angeführten Vertheidigern der bejahen-

den Meinung noch beizuzählen Hommel Rhaps. Vol. III. Obs. 448. [und neuerdings Arndts Pand. §. 493. Anm. 2. und im Rechtslex. Bd. 3. S. 919. und Brinz Pand. II. S. 772.] Allerdings spricht für die vorzüglich von Glück a. a. O. und Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. no. 309. ausgeführte verneinende Meinung der Buchstabe der Gesetze, nämlich außer der Notariatsordnung v. J. 1512. Tit 2. §. 8., welche allenfalls nur als eine generelle Beschreibung des nuncupativen im Gegensatz des schriftlichen angesehen werden könnte, besonders l. 21. pr. D. 28. 1. u. l. 21. §. 4. C. 6. 23. heredes palam ita, ut exaudiri possint, nuncupandi sunt. Auch muß man zugestehen, daß in den Gesetzen nur bei schriftlichen Testamenten die Licenz: et si ita scripserit: cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto, pari ratione dicendum erit, institutionem valere, nullo jure impediente, als eine Methode, den Zeugen den Namen des Erben geheim zu halten, vorkömmt. Daß sie aber durch die vorangeführten Gesetze beim nuncupativen Testament als bestimmt ausgeschlossen anzusehen seyn sollte, konnten immerhin die Praktiker deswegen nicht als ausgemacht annehmen, weil jene Gesetze immer ein durchaus mündlich errichtetes Testament voraussetzen, von welchem natürlich die öffentliche Benennung des Erben unzertrennlich ist. Insbesondere kann die von den Gegnern angeführte l. 29. C. 6. 23. gar nichts für sie beweisen, weil hier von dem Testament eines literarum imperiti die Rede ist, welchem die Hinweisung auf eine irgendwo von ihm niedergelegte schriftliche Aufzeichnung nicht möglich ist. Aber auch die l. 26. C. 6. 23. scheint in ihren Eingangsworten: in testamentis sine scriptis faciendis omnem formalem observationem penitus amputamus, mehr für die Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze zu sprechen, daß die bestimmte Bezeichnung eines Gegenstands der Benennung gleich gelte; l. 9. §. 8. D. 28. 5. si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit — valet institutio u. l. 34. D. 35. 1. demonstratio vice nominis fungitur. Dem palam, nuncupare scheint also auf diese Art gleiches Genüge zu geschehen, wenn der Testirer den versammelten Zeugen erklärt: der Name meines Erben findet sich in einem versiegelten Zettel in meinem Schreibtisch aufgezeichnet. Wenn man auch für diese Meinung die l. 58. pr. D. 28. 5.: nemo dubitat, recte ita heredem nuncupari posse: hic mihi heres esto, cum sit coram, qui ostenditur, deswegen nicht als entscheidend gelten läßt, weil hier wirklich der Erbe den Zeugen vergegenwärtigt wird, so fordern doch andere Gesetze nicht gerade die Vergegenwärtigung zur Wirksamkeit der Bezeichnung; s. l. 6. D. 12. 1.

nihil referre, proprio nomine an res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent. Relative Anordnungen des Testirers läßt auch l. 25. D. 34. 5. gelten. Verschiedene Fragen, die Giltigkeit der Aufschriftsacte der mystischen Testamente betr., s. v. Strombeck Samml. von Entscheidungen des Appellhofs zu Celle S. 176. — Vergl. auch Seuffert's Archiv XI. No. 55. 57.

---

§. 163.

7. Von Substitutionen.

Inst. II. 15. de vulgari substitutione. II. 16. de pupillari substitutione. Dig. XXVIII. 6. de vulgari et pupillari substitutione. Cod. VI. 26. de impuberum et aliis substitutionibus.

a) überhaupt.

Voraus ist der Hauptunterschied zwischen Vulgar- und Pupillar-Substitution zu beachten. Nur dem Vater ist es erlaubt, seinem unmündigen Kinde Erben zu ernennen (Pupillar-Substitution); im Gegensatze davon heißt die Ernennung eines Erben für den Fall, daß ein Vorernannter nicht Erbe würde, vulgaris substitutio. Hieran knüpfen sich folgende Fragen:

1) Die Vulgarsubstitution begreift zwar, wenn sie in allgemeinen Ausdrücken gefaßt ist, sowohl den Fall des Nichtwollens als des Nichtkönnens auf Seite dessen, welcher zunächst Erbe werden soll, unstreitig in sich; wie aber, wenn der Testirer gesagt hätte: „A. soll mein Erbe seyn, will er aber meine Erbschaft nicht antreten, so soll sie B. haben," oder: „A. soll mein Erbe seyn, wenn er es aber nicht werden kann, so soll B. meine Erbschaft haben;" wird dann im ersten Fall, wenn A. vor dem Testator stirbt, auch dieser Fall des Nichtwollens und im zweiten Fall auch das Nichtkönnen stillschweigend inbegriffen erachtet, somit die Substitution auf jeden Fall aufrecht erhalten?

2) Wenn der Testator Jemand als Pupillarsubstituten berufen hat, ist dieser dann stillschweigend auch als vulgariter substituirt zu betrachten?

2a) Ist in der Vulgarsubstitution immer die Pupillarsubstitution stillschweigend von selbst begriffen?

3) Zuweilen substituirt ein Erblasser mehrere in seinem Testament ernannte Erben einander wechselseitig (substitutio breviloqua s. mutua),*) z. B. „A., B. und C. sollen meine Erben seyn, und ich substituire sie einander." Da dies auf den ersten Anblick eine überflüssige Sache scheint, weil Miterben ja ohnedies die vacanten Portionen jure accrescendi erhalten, so fragt es sich, in welchen Hinsichten sich denn doch eine Verschiedenheit zeigt?

4) Bekanntlich sind die Antheile mehrerer neben einander durch die reciproke Substitution berufener Erben an der ausfallenden Portion nach derselben Proportion, nach welcher sie instituirt waren, zu berechnen, so daß, wenn der Testator verordnet hat: „A., B. und C. sollen meine Erben seyn, und zwar A. zu 1/4, B. zur Hälfte und C. zu 1/4, und ich substituire sie einander," und A. könnte oder wollte nicht erben, so bekommt B. von dem ausfallenden Antheil des A. zwei Theile und C. nur einen Theil, l. 5. l. 24. l. 41. §. 1. D. 28. 6.; wie aber, wenn der Testator neben jenen noch eine fremde Person substituirt hat?

5) Wenn der Instituirte, während er von dem Deliberationsrecht Gebrauch macht, also ohne die Erbschaft angetreten zu haben, stirbt, gehen da seine Erben dem Substituirten, oder geht dieser jenen vor?

5a) Wenn ein Legat vom Testirer auf einen entfernteren Zeitpunkt ausgesetzt ist, welchen der Legatar, dem zugleich substituirt ist, nicht erlebt, so kann es zweifelhaft werden, ob der Substitut oder der Erbe des nach der Delation, aber vor der Acquisition verstorbenen Legatars zu dem Legat berechtigt ist?

6) Bekanntlich tritt der Substitut ein, wenn der Instituirte nicht Erbe aus dem Testament wird, wenn er es gleich ab intestato und nur nicht ex testamento werden wollte, l. 3. C. 6. 26., oder wenn er vor der Delation der Erbschaft stirbt; wenn nun ein heres suus stirbt, während noch ein postumus erwartet wird, dieser aber in der Folge nicht zur Existenz kommt, tritt nun der Substitut ein?

*) [Subst. mutua oder reciproca ist der allgemeine Ausdruck; breviloqua oder compendiosa wird sie genannt, wenn die wechselseitige Substituirung in Einem Satze durch einen allgemeinen Ausdruck geschieht; s. Arndts Pand. §. 496. Anm. 5.]

7) Die Einsetzung eines Unfähigen ist pro non scripta anzusehen, so daß die wirksame Institution mit dem zweiten oder dem Substitutionsgrad erst beginnt, l. 1. C. 6. 24.; wie aber, wenn der Vorerbe zwar erbfähig ist, aber wegen Indignität eine Ereption durch den fiscus begründet ist?
8) Ist der Substitut auch dann einzutreten berechtigt, wenn der Instituirte zwar sich für Erbschaftsantretung erklärt, aber dagegen hat restituiren lassen?
9) Ist der Verzicht des Substituten bindend, wenn er ihn vor dem Eintritt des Substitutionsfalls geleistet hat?
10) Wenn einem unter gewissen Bedingungen eingesetzten Erben auf den Fall, daß er nicht Erbe würde, ein Anderer substituirt ist, gehen dann jene Bedingungen auch auf den Substituten über?
11) Wenn ein Vulgarsubstitut zugleich institutus ist, und diesem wieder ein Anderer substituirt ist, so fragt sich, inwieweit Letzterer an des Erstern Stelle trete, ob nämlich blos in das Substitutions- oder auch in das Institutions-Object; z. B. der Testirer sagte: A. soll mein Erbe zur Hälfte meines Nachlasses seyn, B. zu 1/4 und C. auch zu 1/4. Dem B. substituire ich den C., dem C. soll X. substituirt seyn. Wenn nun B. und C. ausfällt, erhält dann X. sowohl die Institutions- als die Substitutionsportion des C.?
12) Kann eine Substitution auch in einem Codicill giltig angeordnet werden?

Zu 1) Die herrschende Meinung ist wohl die bejahende, welche Höpfner Instit. §. 500. not. 2. gegen die Dissentienten Huber, Lauterbach u. A. behauptet, nämlich daß der Fall des Nichtwollens in dem des Nichtkönnens begriffen sey, und umgekehrt. Daß sie in Praxi angenommen sey, bezeugt nicht nur Höpfner a. a. O., sondern wird auch bestätigt durch Walch Introd. in controv. jur. civ. p. 217. (Ed. 3.), Stryck de cautel. testam. cap. 18. §. 9., Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 6. no. 12., Cocceji jus controv. Lib. 28. tit. 6. qu. 5., Thibaut System §. 834. (Ed. 8.), v. Hartitzsch Entscheidungen no. 401. Der Grund hiervon beruht auf der vermuthlichen Vorliebe des Testators für den Substituten vor seinen ganz unberücksichtigt gebliebenen Verwandten, und auf der außerdem auch durch die gesetzliche Begünstigung der letzten Willen

empfohlenen Anwendbarkeit des Grundsatzes: casus non expressos sub expressis intelligendos esse; l. 22. pr. D. 36. 1. — l. 29. §. 5. D. 28. 2. Ein Beispiel der Entscheidung nach der erweislichen oder muthmaßlichen Willensmeinung des Testators s. l. 3. C. 6. 24. Dieser Ansicht stimmt v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 463. (84.) nur mit Beschränkung bei, indem er fordert, die Absicht müsse erwiesen seyn; so auch Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 301., besonders bezüglich eines analogen Falls in l. 101. pr. D. 35. 1. Doch räumt er ein, daß gewöhnlich das Gegentheil angenommen werde. Ebenso Arndts Pand. §. 496. Anm. 2.

Zu 2) Wörtlich genommen würde eine solche Pupillarsubstitution: „mein Sohn soll mein Erbe seyn, wenn er aber in den Jahren der Unmündigkeit sterbe, so soll ihm A. substituirt seyn;" hinwegfallen, wenn der Sohn erst nach erlangter Mündigkeit vor seinem Vater stirbt, allein die Vermuthung für die wesentlich dem Substituten vor jedem Andern zugewandte Neigung des Testirers ist so stark, daß die Gesetze die Worte nicht als absolut entscheidend gegen den Substituten anerkennen, sondern nur insofern nicht ein entgegenstehender Wille des Testators ermittelt werden kann. Ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragatur; oder si modo non contrariam voluntatem extitisse probetur; l. 4. pr. §. 2. D. 28. 6. — l. 4. C. 6. 26. Dies ist ungeachtet der von v. Wening=Ingenheim in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 115. aufgestellten entgegengesetzten Ansicht, die allgemein angenommene Lehre, s. besonders v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 451. not. 1. und die sowohl da als in Glück Thl. XL. S. 266. angeführten Autoren; Thibaut System §. 837. no. 4. (Ed. 8.), Puchta Pand. §. 478., Franck D. de origine et natura vulgaris ac pupillaris substitutionis. Jen. 1829. pag. 8—16. u. 22 - 24., Arndts Pand. §. 497. Anm. 4. Die Pupillarsubstitution wird auch aufrecht erhalten, wenn der Testator einem postumus für den Fall, daß er die Jahre der Mündigkeit nicht erreichen würde, substituirt hat, dieser aber gar nicht zur Welt gekommen ist; Leyser Sp. 362. Med. 6., Thibaut a. a. O. §. 837. not. y. cf. Cicero Orat. pro Caecina cap. 18., Cicero de oratore I. 39. II. 32.

Zu 2ᵃ) In der Regel wohl; doch unterliegt die Regel auch hier der Beschränkung: si voluntas parentis non refragatur. Wie diese Beschränkung zu verstehen sey, war in einem im civilistischen Archiv Bd. XXXVIII. S. 305. behandelten Fall streitig. Ist ein bestimmt gegen die Einbegreifung der Pupillarsubstitution in der Vulgarsub=

stitution gerichteter Wille des Testators erforderlich, si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur, l. 4. §. 2. D. 28. 6. — c. 4. C. 6. 26., oder kann der Beweis auch geführt werden durch erhebliche Wahrscheinlichkeitsgründe, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Testator die Pupillarsubstitution nicht beabsichtigt habe? Für letzteres entschied das O.-A.-G. zu Cassel a. a. O. S. 325. Die Rücksicht auf den muthmaßlichen Willen des Testators manifestirt sich besonders in dem in l. 9. C. 6. 25. gegen das Einbegreifen der Pupillar- in der Vulgarsubstitution entschiedenen Fall. Ein Mann, dessen Gattin sich schwanger befand, hatte diese zu einem und die Leibesfrucht zum andern Theil eingesetzt, mit dem Beisatz: daß, wenn ein Nachgeborner nicht zur Welt kommen würde, X. sein Erbe werden sollte. Der Nachgeborene kam wohl zur Welt, starb aber in der Unmündigkeit. Gleichwohl entschied der Kaiser gegen den X. zu Gunsten der Mutter als Intestaterbin ihres postumus, indem, während der Testirer seiner Gattin einen Theil seiner Erbschaft hinterließ, sein Wille noch viel mehr dahin anzunehmen sey, daß eine so schmerzliche Erbschaft lieber an die Mutter gelangen solle. Nur alsdann solle die Substitution wirksam seyn, wenn der Nachgeborene entweder nicht zur Welt gekommen, oder nach seiner Geburt die Mutter gestorben wäre. — Zuweilen ist man indessen sogar genöthigt, den Willen des Erblassers auf die Vulgarsubstitution eingeschränkt zu betrachten. Dies ist der Fall, wenn Miterben einander vulgariter substituirt sind, welche insofern disparis conditionis sind, daß nicht jedem derselben pupillariter substituirt werden, folglich nicht für jeden die Vulgarsubstitution sich gleichsam von selbst in die Pupillarsubstitution verwandeln kann, oder wenn zweien Erben, wovon nur Einem pupillariter substituirt werden kann, ein Dritter unter der Vulgarformel substituirt ist. Incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris; l. 2. C. 6. 26. — l. 4. §. 2. l. 45. D. 28. 6. — l. 4. l. 6. C. 6. 21.

Zu 3) Es kann Jemand durch Substitution einen Erbtheil erlangen, rücksichtlich dessen er nach dem Accrescenzrecht einem Andern weichen müßte; z. B. der Testirer sagte: A. soll mein Erbe seyn, auch ernenne ich den B. und C. zu meinen Erben; und B. fiele aus, so würde dessen Erbtheil nur dem C. als conjunctus, nicht auch dem A. als disjunctus accresciren, soll ihn A. erwerben, so kann dies nur durch Substitution bewirkt werden; s. Höpfner Instit. §. 501. Einen ähnlichen Fall s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 367. Der conjunctus geht übrigens auch bei der gegenseitigen

Substitution aller Erben den übrigen Erben in dem Theil des mit ihm in demselben Satz instituirten Miterben vor; l. 41. §. 4. D. 28. 6., Schweppe Privatr. Bd. V. §. 811. no. 3. Das Accrescenzrecht beruht darauf, daß die Miterben einander nur durch ihr Nebeneinanderstehen beschränken, an und für sich aber Jeder ein Recht auf das Ganze hat, welches ipso jure wirksam wird, wenn Mitberufene wegfallen; daher das Accrescenzrecht mit Nothwendigkeit wirkt, mithin der anwachsende Theil nicht ausgeschlagen werden kann, auch, wenn der Todesfall erst nach dem Tode des Erben, welcher seinen Theil erworben hat, eintritt, von selbst dessen Erben zufällt; l. 9. D. 38. 16. — l. 31. l. 53. §. 1. D. 29. 2. — Anders verhält es sich bei der Substitution, denn in dieser liegt eine zweite Erbeinsetzung, aus welcher das Recht nicht eher deferirt wird, bis der Vorhergehende weggefallen ist, daher der Substitut dieses Recht nicht auf seine Erben transmittiren kann; l. 10. pr. l. 45. §. 1. D. 28. 6. — l. 81. D. 29. 2. — l. 9. D. 38. 16. Z. B. A. ist zum Erben ernannt, B. ihm substituirt. Nun stirbt B., während A. noch vom Deliberationsrecht Gebrauch macht; wenn am Ende A. endlich doch die Erbschaft ausschlägt, so können gleichwohl die Erben des B. die Substitution ihres Erblassers für sich nicht geltend machen, weil dieser den Fall des Nichtwollens des Instituirten nicht mehr erlebt hat, und die Substitution so lange nicht wirksam werden kann, als aus dem Recht der Institution die Erwerbung der Erbschaft möglich ist; l. 69. D. 29. 2. — l. 45. §. 1. D. 28. 6. — l. 9. in f. D. 38. 16., Höpfner a. a. O. §. 502., Mühlenbruch a. a. O. Thl. XL. S. 366 ꝛc. Auch in Ansehung des Abzugs der falcidischen Quart tritt ein Unterschied ein; wenn nämlich in Folge der Substitution ein wegfallender Theil an einen Miterben kommt, so darf die falcidische Quart nur vom Ganzen abgezogen werden, wenn auch die einzelnen Erben besonders mit Vermächtnissen belegt sind; mithin muß der Erbe, welcher eine Institutions- und eine Substitutionsportion erhält, beide zusammenwerfen und dann vom Ganzen sein $^1/_4$ berechnen; l. 1. §. 14. l. 21. l. 78. D. 35. 2. Im Uebrigen assimiliren sich die rechtlichen Verhältnisse in der Substitution sehr dem Accrescenzrecht; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 451. not. 3., Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. §. 1448.*)

*) Auch vermöge der Regel: substitutus substituto est substitutus et instituto ergibt sich eine Wirkung, welche durch das Accrescenzrecht nicht hervorgebracht werden könnte; z. B. der Testator sagt: A., B. u. C. sollen meine Erben seyn, Jeder zu $^1/_3$. Dem A. substituire ich den B., dem B. den X.

Zu 4) Dann erhält der weiter hinzugefügte Substitut einen Kopftheil (partem virilem), die sich wechselseitig substituirten Miterben aber theilen sich demungeachtet nach dem Verhältniß ihrer partes hereditariae; l. 32. D. 28. 6.

Zu 5) Es scheint zwar, daß in diesem Fall der Substitut eintreten müsse, quia hereditas nondum adita non transmittitur ad heredis heredes, und die Substitutionsclausel: si heres non erit, wohl nichts Anderes sagen will, als si hereditatem sibi non adquisierit, l. 40. D. 28. 5., überdem der vermuthete Wille des Testators mehr für den Substituten spreche, als für die ihm vielleicht kaum bekannten Erben des instituti. Diese Meinung ist vorzüglich vertheidigt von Crell D. utrum heredi instituto intra annum deliberandi mortuo substitutus admittatur. Vitemb. 1734. u. Reuter D. de substitutione reciproca ejusque a jure accrescendi discrimine §. 8. Auch scheint die l. 72. D. 29. 2. vollends keinen Zweifel dagegen zuzulassen, indem darin wörtlich ausgesprochen ist: wenn auch die dem instituirten Erben im Testament bestimmte Zeit zur Antretung noch nicht verflossen ist, so kann doch der Substitut gleich nach dem im Lauf dieser Frist erfolgten Tod instituti antreten; nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis expectare non soleat. Dieses Bedenken fällt indessen weg, wenn man in der l. 72. cit. nur den Fall einer bedingten Erbeinsetzung erblickt, wo es dann ganz natürliche Folge war, daß, wenn der institutus bei Lebzeiten die Bedingung nicht erfüllt hatte, der Substitut eintreten konnte; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 343., vergl. v. Buchholtz in Linde's Zeitschr. für Civilrecht u. Proceß Bd. X. S. 443.

Aber abgesehen hiervon müßte man, da die Verdrängung der Erben des Erben mit der von Justinian vorgenommenen Erweiterung des Transmissionsrechts, wonach auch die Erben des Erben im noch nicht geendigten Verlauf der Deliberationsfrist die Erbschaft noch antreten können, l. 19. C. 6. 30. — cf. l. un. C. 6. 52. u. l. un. C. 6. 51., ganz und gar unvereinbar wäre, schlechterdings annehmen, daß die l. 72. cit. als ein Ueberbleibsel des älteren Rechts, wonach der deliberirende Erbe nicht transmittiren konnte, mit den Bestim-

---

Fallen nun A. u. B. aus, so erhält X. als Substitut $^{2}/_{3}$. Durch das Accrescenzrecht könnte er sie aber nicht erhalten, weil A. u. B. nicht die Erbschaft erworben haben, wer aber nicht Erbe geworden ist, dem kann kein Erbtheil accresciren; s. Höpfner Instit. §. 503. Einen ähnlichen Fall hat Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 367. — Vergl. dazu v. Keller Pand. §. 487 a. E.

mungen des neueren Rechts von selbst wegfalle; wenn es gleich wie Mühlenbruch a. a. O. S. 334. u. 341. bemerkt, immerhin auffallen muß, daß Justinian's Gesetz aus dem Jahr 529, also aus der Zeit vor der Pandectencompilation ist.*) Durch das Justinianeische Transmissionsrecht wird nothwendig die Meinung sowohl der älteren als neueren Rechtslehrer dahin bestimmt, daß sie den Erben des Instituirten den Vorzug vor dem Substituirten desfalls einräumen; s. Cocceji Jus controv. Lib. 28. tit. 6. qu. 6., Stryck de cautel. testam. Cap. 18. Membr. 1. no. 21., Walch Intr. in controv. jur. civ. p. 216., Thibaut Versuche Bd. I. S. 246., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 194., Mühlenbruch a. a. O., Zimmern im civilist. Archiv Bd. IX. S. 357., v. Berg jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Bd. II. no. 13. und die Lehrbücher von Schweppe Bd. V. §. 877., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 272., Seuffert §. 574., Mackeldey Bd. II. §. 668. not. i.

Zu 5[a]) Man setze den Fall: A. machte den B. zum Universalerben, verordnete aber dabei, daß die Immobilien des Nachlasses nach dem Tod des B. an 6 Geschwister restituirt werden sollten. Würde, heißt es weiter, eines oder das andere dieser 6 Geschwister und substituirten Erben mit Tod abgehen, so sollen die Ueberlebenden die Antheile der Verstorbenen erben und sie daher einander substituirt seyn. Nun starben 2 dieser Geschwister nach des Erblassers, aber vor des Erben B. Tod, und es entsteht die Frage, ob deren Antheile den Erben der zwei verstorbenen oder den überlebenden Geschwistern zufallen? Die Juristenfacultät zu Jena entschied zu Gunsten der Ersteren. — Sie betrachtete die 6 Geschwister als Legatarien, und folglich deren Antheile an den Immobilien mit dem Augenblick des Todes des Erblassers als ihnen bereits angefallen und transmissibel. Es konnte ihr also nur noch der Zweifel übrig bleiben, ob das s. g. Legat nicht durch den beigefügten dies incertus zum bedingten, und folglich die Delation bis zum Eintritt der Bedingung hinausgerückt sey. Aber auch dieser Zweifel wurde durch die Betrachtung niedergeschlagen, daß die muthmaßliche Absicht des Testirers dahin anzunehmen sey, daß er blos die Zeit der Auslieferung hinausschieben wollte, um dem Erben B. den lebenslänglichen Genuß zu erhalten; s. Zimmern im civilist. Archiv Bd. IX. S. 357.**) Gegen diese Entscheidung möchten

---

*) Zur Zeit der Pandectenjuristen gab es nämlich noch gar kein Transmissionsrecht aus der Person des deliberirenden Erben, dem Erben des Erben stand gar kein Antretungsrecht zu.

**) Interessant ist hierbei auch Zimmern's Digression auf die Frage:

übrigens nicht unerhebliche Zweifel zu erheben seyn; denn man wird mit Recht fragen:

a) Wo ist der zureichende Grund, um die 6 Geschwister als Legatare, und nicht vielmehr als Nacherben ex re certa zu behandeln, welche, wenn sie vor dem instituirten Erben gestorben waren, keinen Anspruch mehr hatten? Hatte doch der Testator sie ausdrücklich als substituirte Erben benannt, und diese seine Meinung auch, wie Zimmern wohl bemerkte, durch die Aeußerung bestätigt: „daß das Recht des Erben nur in dem lebenslänglichen Genuß bestehen solle."

b) Ist nicht des Testators Absicht ganz deutlich dahin zu erkennen, daß er gerade deswegen die Substitution anordnete, um das Transmissionsrecht und die davon unzertrennliche Zerstückelung und Auflösung des Immobiliar-Complexes zu beseitigen, die Güter vielmehr immer bei den Geschwistern beisammen zu halten? Er machte ja bei seiner Substitution, welche wohl als eine fideicommissarische anzusehen seyn möchte, keinen Unterschied, ob einzelne Geschwister vor oder nach dem Ableben des Erben mit Tod abgehen würden.

Zu 6) Die Erbschaft wird selbst einem heres suus nicht sogleich mit dem Tod des Erblassers für deferirt erachtet, wenn noch ein

---

wenn es nun einmal heißt: dies incertus facit conditionem, was ist denn nun eigentlich für ein Tag certus und was für einer incertus? Die Einen statuiren: ein ratione an gewisser sey immer ein dies certus, wenn er auch ratione quando ungewiß sey. Die Anderen — wohl mit mehr Grund: jeder Tag, von welchem nicht Beides: an und quando gewiß ist, z. B. wenn auch nur ungewiß ist, ob ihn der Honorirte erleben werde, sey dies incertus, folglich bedinge er das Legat; si cum heres morietur, legetur, conditionale est. Hiernach bleibe bei der über aller Zukunft waltenden Ungewißheit für den dies certus nichts andres übrig, als der Todestag des Legatars selbst, oder, wenn der Testirer selbst aus der Unendlichkeit einen bestimmten Zeitpunkt herausgegriffen hat, z. B. wenn er sagte: nach 100 Tagen, oder nach 10 Jahren. Da zweifelt denn auch Niemand, daß das Recht unbedingt erworben sey, und nur der Vollzug hinausgerückt werde. Zimmern aber a. a. O. hält alle bisherigen Ansichten nicht für durchgreifend, weil in den Gesetzen selbst bei einer und derselben Art der Zeitbestimmung der dies bald als certus, s. l. 26. §. 1. D. 36. 2. — l. 46. D. 36. 1. — l. 5. C. 6. 53., bald als incertus, s. l. 21. pr. l. 22. pr. D. 36. 2. behandelt werde. Er betrachtet deshalb die Frage lediglich als quaestio facti, welche nur aus der Absicht des Testirers entschieden werden könne, je nachdem sie dahin gerichtet war, blos die Zeit der Zahlung in die Zukunft zu stellen, oder das Recht auf das Vermächtniß in das Ungewisse zu stellen. — Mehreres hierüber s. unten Kap. X. Nebenbestimmungen bei Vermächtnissen, zu Nr. 1.

postumus erwartet wird, l. 84. D. 29. 2., daher nun der substitutus eintritt; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 336. not. 74. Das Gegentheil aber muß man nach leg. cit. alsdann annehmen, wenn sich ergibt, daß die Frau gar nicht schwanger war.

Zu 7) Nach strenger Consequenz kann da der Substitut nicht zur Erbschaft gelangen, er kann das Einziehungsrecht des fiscus nicht hindern; l. 12. D. 34. 9. — l. 15. pr. D. 29. 5. Dabei ist noch zu bemerken, daß es zwar im früheren Recht auch zu den Indignitätsfällen gerechnet wurde, wenn der Testamentserbe den ihm zum Besten Anderer vom Erblasser gemachten Auflagen nicht gehorchte, dieses aber von Justinian in der Nov. 1. dahin abgeändert wurde, daß, wenn der Erbe, der richterlichen Weisung ungeachtet, ein ganzes Jahr lang das nicht thut, was ihm im Testament vorgeschrieben ist, der fiscus nicht sogleich, sondern erst nach allen näher Berechtigten eintritt, folglich ihm der Substitut vorgeht; Nov. 1. c. 1. §. 3.

Zu 8) Der Rechtsgrundsatz, daß durch die Restitution der vorige Zustand der Dinge, soweit es nöthig und möglich ist, wieder hergestellt werde, arg. l. 24. §. 4. l. 7. §. 10. D. 4. 4., entscheidet für den Substituten, denn wenn Alles in den vorigen Zustand zurückkommen, Jeder sein erstes Recht wieder erhalten soll, so muß es so angesehen werden, als wäre die Erbschaft gar nicht angetreten worden; und dafür hat sich auch die gemeine Meinung erklärt. Dies gesteht selbst der Gegner derselben Vinnius sel. jur. quaest. Lib. I. c. 14. pag. 88., dessen Zweifel sich widerlegt finden in Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 32., Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 361., Schweppe Privatr. Bd. V. §. 811. Dasselbe gilt, wenn der heres suus abstinirt hat, l. 12. D. 11. 1., wenngleich einzelne im väterlichen Testament enthaltene Verfügungen der Abstention ungeachtet aufrecht erhalten werden; l. 41. l. 42. pr. D. 29. 2. — l. 30. §. 10. D. 40. 5. Umgekehrt wird aber auch der substitutus wieder verdrängt, wenn der institutus gegen seine Erbschaftsrepudiation Restitution erlangt; l. 7. §. 10. D. 4. 4., Mühlenbruch a. a. O., S. 365.

Zu 9) Diese Frage ist schon nach allgemeinen Grundsätzen zu verneinen, und ist so auch in l. 13. §. 2. D. 29. 2. entschieden; cf. l. 174. D. 50. 17.

Zu 10) Die dem Instituirten auferlegten Bedingungen können nicht von selbst auch dem Substituirten auferlegt erachtet werden, nur die dem Instituirten auferlegten Vermächtnisse und Prästationen

an Andere liegen ihm ebenso wie dem Instituirten ob; l. 27. pr. l. 73. D. 28. 5., Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 811., Arndts im Rechtslex. Bd. X. S. 661.

Zu 11) Die Entscheidung geht dahin, daß X. Alles erhält, wozu C. aus dem einen oder andern Grund berufen war; l. 27. l. 41. pr. D. 28. 6. — §. 3. J. 2. 15. (Nur ein dem Voreingesetzten verschafftes Prälegat ist hiervon ausgenommen; s. v. Buchholtz Lehre von den Prälegaten S. 316., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 174. not. 9.) Der Grund liegt wohl darin, weil X. unbestimmt dem C. substituirt ist, das indefinitum aber als generale et absolutum zu behandeln ist; s. Braun Erörterungen zu Thibaut §. 697. S. 647. Diese Entscheidung wird durch die Formel ausgedrückt: Substitutus substituto est substitutus instituto, welche zunächst die Bedeutung hat, daß, wo mehrere Grade der Substitution vorkommen, nichts darauf ankommt, welche von den Vorhergehenden zuerst stirbt; z. B. wenn dem A. der B. und dem B. der C. substituirt ist, so bekommt C. die Erbportion des A. auch dann, wenn zuerst der B. und hernach erst der A. hinwegfällt, ohne die Erbschaft angetreten zu haben; s. Arndts Pand. §. 496. Anm. 4. u. v. Vangerow Pand. II. §. 451. Anm. 2.

Zu 12) Da, Soldaten ausgenommen, Niemand in einem Codicill einen Erben einsetzen oder eine Enterbung vornehmen kann (weil sonst der Unterschied zwischen Testament und Codicill ganz verwischt wäre), so folgt, daß auch keine Substitution eines directen Erben darin stattfinden könne. Dieselbe kann aber gleichwohl in der Eigenschaft eines Fideicommisses nach der Autorität mehrerer Rechtsgelehrten aufrecht erhalten werden. Zwar wollen Einige diese Aufrechthaltung nur auf zwei in den Gesetzen entschiedene Fälle beschränken: a) auf die in einem Codicill geschehene Bestätigung einer ungiltigen Erbeinsetzung, l. 2. §. 4. D. 29. 7. — b) auf die in einem Codicill angeordnete Pupillarsubstitution l. 76. D. 36. 1., s. Cujac. Obs. XI. c. 25., Thibaut System §. 951. (Ed. 8.), v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 526. Anm. I. Beide gesetzliche Entscheidungen scheinen indessen nur Anwendungen eines Princips zu seyn, welches Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 381. dahin aufstellt: „Codicillar-Dispositionen haben stets die Wirkung eines Fideicommisses," womit übereinstimmt Donell Comm. Lib. VII. c. 19. §. 27., Puchta Pand. §. 476., Sintenis pr. Civilr. Bd. III. §. 208. not. 1. Dafür scheint zu sprechen §. 2. J. 2. 25., wo es nach Verwerfung der directen Erbeinsetzungen in Codicillen weiter heißt: denn nur fidei-

commißweise kann durch Codicille eine Erbschaft hinterlassen werden, und l. 2. §. 4. D. 29. 7., wo sogar dem Codicill die Wirkung einer fideicommißweisen Erwerbung der im Testament auf ungiltige Weise hinterlassenen durch das Codicill bestätigten Erbschaft zugestanden wird. Der extreme Versuch von Rumpf in einer Ansbach 1831. herausgegebenen die vorangestellte Fr. 12. zum Titel führenden Inaugural-Dissertation, dieselbe absolut zu verneinen, somit auch der l. 76. D. 36. 1. die Beweiskraft abzusprechen, stützt sich auf eine gezwungene Auslegung dieser Gesetzstelle, und scheint keine Nachfolger gehabt zu haben.

---

§. 164.

b) Von der Pupillarsubstitution.

Wenn der Vater in seinem Testament oder in einem besonderen jenem nachfolgenden*) Testament neben der Disposition über seine eigene, auch über die Erbschaft seines noch in väterlicher Gewalt befindlichen Hauskindes (gleichviel ob das Suitätsverhältniß durch Erzeugung oder Ankindung begründet ist, l. 2. pr. l. 10. §. 6. D. 28. 6., Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 370.), im Fall dieses in der Unmündigkeit verstürbe, disponirt, welche beide Erbschaften aber in der Regel untrennbar bestehen**), l. 10. §. 2. 3. 5. D. 28. 6. — l. 59. D. 29. 2., so kommt vorzüglich in Frage:

1) Leidet die Regel: substitutus substituto est substitutus instituto eine Ausnahme bei der Pupillarsubstitution?
2) Da die Pupillarsubstitution blos ein Ausfluß der väterlichen Gewalt ist, so fragt sich, ob derjenige, dem pupillariter substituirt werden soll, sich nothwendig sowohl bei dem Tod des Testators, als auch zur Zeit der Testamentserrichtung in der Gewalt des Vaters oder überhaupt desjenigen Ascendenten befunden haben müsse, welcher die Substitution vornimmt?

*) Vorausgehen darf es bei Vermeidung der Nichtigkeit nicht; §. 5. J. 2. 16. — l. 2. §. 4. u. 7. D. 28. 6., Glück Thl. XL. S. 386.

**) Eine Folge davon ist, daß dem Substituten, welcher bereits Erbe des Testators geworden ist, auch die Erbschaft des Unmündigen, selbst wenn er diesen nicht überlebt, erworben ist, so daß dann seine Erben die Intestaterben des Unmündigen ausschließen; l. 59. D. 29. 2

3) Kann der Vater auch einem Kind, welches er enterbt, pupillariter substituiren?
4) Kann auch die Mutter oder der mütterliche Großvater pupillariter substituiren?
5) Kann der Großvater väterlicher Seite seines durch Anstellung einer eigenen Oeconomie aus der väterlichen Gewalt getretenen, dann gestorbenen Sohnes Kindern, als seinen Enkeln pupillariter substituiren?
6) Wenn über die Jahre der Unmündigkeit hinaus substituirt ist, gilt es nicht doch als Fideicommiß?
6[a]) Wenn innerhalb der Periode der Unmündigkeit Mehrere nach verschiedenen Perioden substituirt sind, so kann der in l. 43. §. 1. D. 28. 6. aufgeworfene Collisionsfall in Frage kommen: si ita facta proponatur substitutio: filius meus si intra decem annos decesserit, Titius heres esto, si intra quatuordecim Mevius, filiusque octo annorum decesserit, utrum Titius solus ex substitutione ei heres erit, an et Mevius?
7) Gilt die Pupillarsubstitution auch zum Nachtheil der Mutter, welcher ihr Kind, wenn nicht demselben pupillariter substituirt wäre, wenigstens den Pflichttheil hinterlassen müßte?
8) Ist der Substitut, wenn er zugleich vom Vater des Pupillen zum Erben eingesetzt ist, befugt, die eine der beiden Erbschaften anzutreten, die andere aber auszuschlagen?
9) Wird die Pupillarsubstitution auch allemal hinfällig, wenn das Testament ungiltig ist?

Zu 1) Mehrere Rechtsgelehrte behaupten: auf Pupillarsubstitutionen sey dieser Grundsatz im R. R. nicht angewendet worden; s. Mühlenbruch bei Glück Bd. XL. S. 368. Als Beweisstelle gilt ihnen l. 47. D. 28. 6. Qui habebat filium et filiam impuberes, instituto filio herede, filiam exheredavit, et si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit: sed filiae, si antequam nuberet decessisset, uxorem suam item sororem suam substituit. Quaero, cum filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, an filii hereditas ad uxorem et sororem testatoris jure substitutionis pertineat? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, non pertinere. Allein daraus läßt sich schwerlich die aufgestellte Behauptung begründen. Zuvörderst scheint die Substitution der Gattin und Schwester si filia, antequam nuberet, decessisset vielmehr eine fideicommissarische, und,

daß die Tochter in der Folge bei ihrem Ableben noch unmündig war, als ein blos zufälliger Umstand nicht bei der Beurtheilung der Disposition des Vaters in Betracht kommen zu können; ist nun aber der Tochter nur fideicommissarisch substituirt, so erhellt von selbst, daß die Entscheidung nicht anders erfolgen konnte. Supponirt man aber auch, wie gewöhnlich von den Erklärern dieser Stelle geschieht, der Tochter sey pupillariter substituirt, so ist damit doch eine eigentliche Ausnahme von der Regel nicht dargethan, weil der vorgelegte Fall gar nicht unter die Regel: substitutus substituto est substitutus instituto fällt. — Der Testator hatte ja nicht gesagt: seine Frau und Schwester sollten, wenn seine Tochter als substituta wegfallen würde, an deren Stelle treten, sondern er hatte jene auf das Vermögen der Tochter gerufen, jene waren also nach der Voraussetzung der l. 47. cit. nur Pupillarsubstituten der Tochter und nicht Substituten zweiten Grades des Sohns. Dagegen würde es ganz bei der Regel bleiben, wenn man den Fall also stellt: der Testirer setzt seinen Sohn A. zum Erben ein und substituirt ihm pupillariter den B., oder wenn dieser nicht erben kann, den C. und allenfalls den D., so wird, wie es der Satz: Substitutus substituto etc. mit sich bringt, der Substitut des dritten Grades eben das erhalten, was der Substitut im ersten Grad erhalten haben würde. Man kann also nicht sagen: auf Pupillarsubstitutionen sey der Satz nicht anwendbar, sondern nur nach v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 453. not. 2., bei mehreren Pupillarsubstitutionen gestalte sich die Sache anders, aus dem einfachen Grund, weil da ganz verschiedene Erbschaften gegeben sind. Die Pupillarverlassenschaft der Tochter in l. 47. cit. ist eine andere, als die Pupillarverlassenschaft des Sohns, die Sbstituten der Tochter konnten daher nur deren Vermögen erhalten und nicht dasjenige, was sie geerbt haben würde, wenn sie ihren Bruder überlebt hätte. Vergl. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. IX. S. 115., Braun Erörterungen zu Thibaut §. 701.

Zu 2) Daß die väterliche Gewalt in beiden Zeitpunkten stattgefunden haben müsse, ist den allgemeinen Grundsätzen gemäß; l. 2. pr. l. 41. §. 2. D. 28. 6. — l. 210. D. 50. 17. — pr. J. 2. 16., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 812. not. 4., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 464. (87.), Donell. Comm. Lib. VI. cap. 25. §. 12. u. 13., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 28. tit. 6. §. 26. Das Gegentheil behauptet jedoch v. Löhr im civil. Archiv Bd. IX. S. 112. und Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 371., obgleich Ersterer die eben angeführte Meinung als die herrschende

erkennt. Auch sind die Gründe der Gegner derselben nicht von Gewicht: die Folgerung aus l. 2. pr. D. 28. 6. sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, arrogaverit, filio praecedente — ist sehr unsicher, weil füglich eine vorausgegangene und nicht eine erst später erfolgte Adoption oder Arrogation hier zu verstehen ist. Ein anderer Grund, welcher davon hergenommen werden soll, daß unzweifelhaft einem postumus substituirt werden könne, beweist gar nichts, sobald man dem postumus die in Beziehung auf Erbrecht gewöhnliche Bedeutung beilegt, s. Ulp. Fragm. XXII. §. 19., daß derselbe bereits in utero gewesen sey; dergleichen eigentliche postumi werden nämlich schon in dieser Periode als in der väterlichen Gewalt befindlich erachtet; s. Mackeldey Lehrb. §. 669., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 426. (1.), Höpfner Institt. §. 506. not. 4.

Zu 3) Allerdings kann er es, aber er kann das Vermögen des Kindes nicht mit Vermächtnissen belasten, insofern er ihm nicht eine entsprechende Zuwendung gemacht hat, weil Niemand weiter onerirt werden kann, als er honorirt ist; l. 41. §. 3. D. 28. 6. — l. 126. D. de legat. I. (30.) — l. 24. C. 6. 37., vergl. Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 501. §. 43—50. Ist dagegen der Pupill im väterlichen Testament eingesetzt, so muß der Substitut die Vermächtnisse zahlen, wenn er auch keine Deckung im väterlichen Nachlaß finden sollte, und ihm die falcidische Quart, nur mit Einrechnung dessen, was durch die Pupillarsubstitution auf ihn gekommen ist, verbleibt. Er muß sich nämlich auf die Quart jedenfalls das anrechnen lassen, was er aus dem väterlichen Nachlaß bekommt, und umgekehrt mit dem Pupillarvermögen die für die Erbschaft angeordneten Vermächtnisse decken; §. 2. J. 2. 22. — l. 11. §. 5. u. 7. D. 35. 2. — l. 30. pr. l. 73. eod., Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 397.

Zu 4) So wenig der Vater emancipirten Kindern pupillariter im eigentlichen Sinn substituiren kann, pr. §. 9. J. 2. 16. — l. 2. pr. D. 28. 6., eben so wenig kann es die Mutter oder der mütterliche Großvater. Auch nachdem nicht mehr die römische patria potestas besteht, gilt nach der Autorität der meisten Rechtslehrer die Pupillarsubstitution für ein ausschließendes Vorrecht des Vaters; Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 6. §. 6., Schmidt hinterlassene Abhandl. verschiedener prakt. Rechtsmaterien Bd. I. S. 176. Setzt aber die Mutter ihr Kind, oder wer immer einen Unmündigen zum Erben ein, so kann gleichwohl die Substitution als eine directe gelten, wenn das Kind auf den Fall der erlangten Mündigkeit eingesetzt und ihm für

den Fall, daß er nicht ihr Erbe wird, ein Anderer substituirt ist, oder fideicommissarisch, wenn der Unmündige eingesetzt ist, aber nach dessen vor der Pubertät erfolgtem Ableben die Erbschaft an einen Dritten fallen solle; l. 33. D. 28. 6. — §. ult. J. 2. 16., Glück Thl. XL. S. 261. Beide Arten der Substitution sind nämlich keine Pupillarsubstitutionen im eigentlichen Sinn, nämlich keine für den Pupillen gemachte Testamentshandlung. Eine nicht zulässige directe Substitution kann durch die Codicillarclausel als eine fideicommissarische convalesciren; Stryck de cautel. testam. Cap. 18. Membr. 2. §. 6., v. Hartitzsch Entscheid. no. 402. — Enkeln, welche zur Zeit der Emancipation oder Adoption ihres Vaters bereits geboren oder wenigstens concipirt waren, kann vom väterlichen Großvater wirksam substituirt werden, weil sie noch in seiner Gewalt waren, die nachher concipirten folgen dem Recht des Vaters; Glück Thl. XL. S. 372.

Zu 5) Einige Rechtsgelehrte gestehen dem Großvater das Recht der Pupillarsubstitution zu, indem sie statuiren, durch Errichtung eines eigenen Haushalts würden zwar die lästigen Folgen der patria potestas, aber nicht das jus suitatis aufgehoben: mithin müsse auch das Recht fortbestehen, dem suus pupillariter zu substituiren; Boehmer Exerc. ad Pand. T. I. pag. 913., Cocceji jus civ. controv. Lib. I. tit. 7. qu. 12. u. A. Allein die überwiegende Anzahl der Rechtslehrer nimmt an, daß durch die ipso jure bewirkte Auflösung der väterlichen Gewalt nur die Familienrechte nicht aufgehoben werden, aber den Ascendentenkein Recht mehr über die Persönlichkeit des von der väterlichen Gewalt Befreieten oder dessen Kinder, somit auch keine Befugniß, ihm einen Erben zu ernennen, zustehen könne, s. Glück Thl. II. §. 162. und Mühlenbruch's Forts. Thl. XL. S. 373. und die vielen dort angeführten auch zur Bestätigung des so eben zur Fr. 4. Gesagten dienenden Autoren, Höpfner Instit. §. 506. not. 2.

Zu 6) Eine Substitution über die Jahre der Mündigkeit hinaus kann natürlich nicht als Pupillarsubstitution gelten; l. 7. l. 14. l. 15. D. 28. 6. — §. 8. J. 2. 16. Damit ist aber nicht gesagt, daß sie durchaus nicht gelte, sondern nur die Ueberschreitung der gesetzlichen Zeit gilt nicht; stirbt daher der Pupill vor erreichter Pubertät, so steht nichts ihrer Wirksamkeit entgegen, s. Erk. d. O.-A.-G. in Jena in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 298., Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 380., u. eben so wenig, wenn der Testator einen kürzeren Zeitraum festsetzte, als er gesetzlich befugt war; l. 21. l. 38. §. 1. D. 28. 6., Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 353., Arndts Pand. §. 497. Anm. 1.

Was aber auch nicht als Pupillarsubstitution gelten kann, wird gleichwohl als fideicommissarische alsdann aufrecht erhalten, wenn der Testator solche gewollt hat, was äußersten Falls die Codicillarclausel ausdrückt und erreicht; s. Mühlenbruch bei Glück a. a. O., Höpfner Instit. §. 506. not. 2., Stryck de cautel. test. Cap. 18. Membr. 2. §. 24.

Zu 6a) Es ist im Zweifel anzunehmen, die bei jedem Substituirten genannte Zeit beziehe sich ausschließlich auf ihn; Mevius kann also im unterstellten Fall, da der Sohn schon im 8ten Jahre starb, nicht verlangen, daß Titius mit ihm theilen soll, sondern Titius schließt den Mevius aus; l. 43. §. 1. D. 28. 6., Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 383.

Zu 7) So viel auch über diese Frage von Romanisten gestritten worden ist, s. Francke Recht der Notherben S. 453., Zimmern und Neustetel römisch-rechtl. Untersuchungen S. 83., Thibaut im civilist. Archiv Bd. V. S. 345. B. X. S. 217., Unterholzner das. Bd. II. S. 52., v. Löhr das. Bd. V. S. 105. u. IX. S. 99., Fuhr und Hoffmann civilist. Versuche Bd. I. S. 81., so sind doch am Ende wohl Alle darüber einverstanden, daß — wenn auch l. 8. §. 5. D. de inofficioso testam. (5. 2.) noch Zweifel übrig ließe — doch besonders auch nach canonischem Recht, cap. 1. in VIto (3. 11.) der Satz feststehe, daß der Vater bei Errichtung der secundae tabulae keinerlei Verbindlichkeit habe, irgend einen Notherben des Pupillen zu bedenken, s. die Lehrbücher von Schweppe Bd. V. S. 109., Thibaut §. 837. (Ed. 8.), Höpfner Instit. S. 575. §. 508. not. 9., Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 390., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 115., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 345., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 453. not. 3., Stryck de caut. test. Cap. 18. Membr. 2. §. 17., jedoch mit dem Beisatz: in Saxonia Electorali aliud receptum esse asserit, Carpzov P. III. const. 8. §. 1. Dasselbe muß auch gesagt werden vom Würtembergischen Landr. Th. III. tit. 12., zum Theil auch vom Cod. Bavar. civ. P. III. cap. 3. §. 20. no. 11., indem da die Mutter durch den Pupillarsubstituten nur von demjenigen Vermögen ausgeschlossen wird, welches dem Kind vom Vater selbst angefallen ist.

Doch darf die Mutter nicht durch eine tacita pupillaris substitutio ausgeschlossen werden, insbesondere dann nicht, wenn sie zur Miterbin ihres Kindes eingesetzt ist, l. 9. C. 6. 25., Mühlenbruch bei Glück Bd. XL. S. 293 ꝛc., Hellfeld Jurispr. for. §. 1455., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 28. tit. 6. §. 31., Stryck l. c.

cap. 18. Membr. 2. §. 17. u. 18., welche das beneficium singulare auch sogar für andere Notherben als in Praxi geltend erklären.

Bemerkenswerth scheint folgender Fall: der A. testirte also: „meine beiden Kinder setze ich zu meinen Erben ein, und wenn dieselben ohne Leibeserben oder in den Jahren der Unmündigkeit sterben würden, so soll mein gesammter Nachlaß auf meine Ehegattin und deren Bruder zu gleichen Theilen fallen; sollten übrigens besagte meine Kinder in ihren Minorennitäts- oder Majorennitätsjahren, verheirathet oder unverheirathet, aber ohne Leibeserben mit Tod abgehen, so soll den etwa lebenden Ascendenten hiermit ausdrücklich und titulo institutionis der ihnen gebührende Pflichttheil als Erbportion in diesem meinem letzten Willen angewiesen seyn." Nun starb eines der beiden Kinder in der Unmündigkeit und die Wittwe prätendirte, in dessen Nachlaß habe sie sich mit dem andern Kind zu theilen; wenn man aber auch annehmen wollte, die Kinder seyen sich gegenseitig substituirt, so habe sie immer noch Anspruch auf den Pflichttheil, um welchen sie desto weniger gebracht werden könnte, als nach dem Inhalt des Testaments alle Ascendenten den Pflichttheil erhalten sollten, sie aber den nächsten Grad unter den Ascendenten behaupten könne. Gleichwohl wurde die Wittwe abgewiesen. Als substituta konnte sie nicht eintreten, während eines der beiden zu Erben eingesetzten Kinder noch lebte; die l. 10. C. 6. 26. entschied hier gegen sie, substitutionem tunc locum habere, cum uterque decesserit; cogitasse enim patrem primo filio decedente fratrem suum in ejus portionem succedere. Den Pflichttheil konnte sie nicht erhalten, weil der Testator wenigstens in diesem Fall, wo er blos über sein eigenes Vermögen testirte, nicht verbunden war, auf Notherben seines Kindes Rücksicht zu nehmen, und die im Testament wirklich enthaltene Reservation des Pflichttheils für die Ascendenten nicht auf die Wittwe anwendbar war; denn offenbar hatte der Testator dabei nur die Absicht, im Fall seine Ehefrau nach den zu Erben eingesetzten Kindern sterben und an deren Oheim die ganze Erbschaft dann heimfallen würde, die Ascendenten nicht ganz zu übergehen. Der Testator sah seine Kinder als die nächsten Erben an, nach ihnen seine Gattin und seinen Schwager, und die weiteren Ascendenten sollten zur Erbschaft so lange keinen Zutritt haben, als seine Frau und Mutter seiner Kinder nach dem Substitutionsrecht entweder mit oder ohne Concurrenz ihres Bruders zur Succession gelangen würde. So lange die Mutter der Kinder am Leben war, konnte von einem den Ascendenten gebührenden Pflichttheil nicht die Rede seyn, weil sie als die nähere Ascendentin jene ausschloß. Die Ascendenten außer

der Mutter konnten also einen Pflichttheil nur dann fordern, wenn der eingesetzte Schwager aus der Concurrenz seiner Miterbin durch deren Todesfall herausgesetzt seyn würde; s. Gmelin und Elsässer gemeinnützige Beobachtungen u. Rechtsfälle Bd. V. S. 187.

Zu 8) Diese Frage ist noch immer unter den Rechtsgelehrten sehr streitig; s. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. IX. S. 99. Bd. XXII. S. 315., Fritz in s. Ausgabe von Wening-Ingenheims Lehrb. Bd. III. S. 272., Mühlenbruch Thl. XL. S. 445., Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. Bd. II. S. 1. u. in Linde's Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XVIII. S. 286., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 454. Es ist wohl zuvörderst auf das Princip zurückzugehen. Der Vater, welcher pupillariter substituirt, disponirt in einem Testament über zwei Erbschaften. Wenn sich nun diese in der Person des Pupillen oder des Substituten vereinigen, so sind sie untrennbar, denn Niemand kann eine Erbschaft nur theilweise erwerben; l. 10. §. 2. u. 3. D. 28. 6. — l. 10. l. 35. pr. l. 59. l. 80. §. 1. D. 29. 2. — l. 20. C. 6. 30. Aus diesem Princip der Untrennbarkeit gehen bei der Anwendung auf einzelne Fälle folgende Ergebnisse hervor:

I. Der Vater starb zuerst und

a) der Substitut hat dessen Erbschaft ausgeschlagen, will aber die des Pupillen erwerben. Dies kann er in der Regel nur dann, wenn der Pupill auch nicht Erbe des Vaters geworden ist, l. 41. D. 29. 2., im entgegengesetzten Fall aber nicht, l. 10. §. 3. D. 28. 6.; doch gilt eine Ausnahme, wenn der Substitut, was in diesem Gesetz nicht vorausgesetzt ist, ein heres suus des Testators war; l. 12. D. 28. 6. — cf. l. 40. in f. D. 29. 2. — l. 27. §. 2. D. 36. 1., Schweppe Privatr. Bd. V. S. 112. — Oder

b) der Substitut hat die väterliche Erbschaft angenommen, will aber die des Pupillen ausschlagen.

Dies geht durchaus nicht an, weil man eine Erbschaft nicht theilweise annehmen, theilweise ausschlagen kann.

II. Der Pupill starb zuerst, und der Substitut hat

a) die Pupillarerbschaft angenommen, will aber die nachher ihm angefallene väterliche Erbschaft ausschlagen.

Dies kann er nur dann, wenn nicht der Pupill bereits Erbe seines Vaters geworden ist. — Oder umgekehrt:

b) er hat die Erbschaft des Pupillen repudiirt, will aber nun zur Erbschaft des Vaters greifen.

Dies kann er nicht mehr, gleichviel ob der Pupill Erbe seines Vaters geworden ist, oder abstinirt hat, oder exheredirt war.

Unbestritten ist übrigens der Fall, wenn der Pupillarsubstitut nicht zugleich zur väterlichen Erbschaft gerufen war. Da kann der Substitut das Vermögen des Pupillen erben, ohne mit der väterlichen Erbschaft in Berührung zu kommen, wenn der Pupill seinen Vater nicht beerbt hat, l. 28. D. 42. 5. — l. 42. pr. D. 29. 2.; ist aber der Pupill Erbe seines Vaters geworden, so muß der Substitut auch die väterlichen Schulden mit übernehmen; l. 10. §. 2. D. 29. 2. — l. 28. D. 42. 5.

Zu 9) Daß die Substitution hinfällig wird, wenn das Testament nullum, irritum, ruptum oder destitutum wird, darüber ist kein Zweifel, doch ist für den letzteren Fall eine Ausnahme zu beachten. Wenn nämlich ein heres suus von der väterlichen Erbschaft abstinirt, so bleibt die Substitution gleichwohl bei Kräften; l. 2. §. 1. in f. l. 12. D. 28. 6. — l. 44. D. 42. 1. — l. 30. §. 10. in f. D. 40. 5., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 674., sowie auch, wenn die Erbschaft blos zur Vernichtung der Substitution ausgeschlagen wird; l. 2. §. 1. D. 28. 6., Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 812. Einige halten auch dann, wenn das Testament mit der qu. inofficiosi umgestoßen wird, die Substitution für hinfällig, allein wohl mit Unrecht, denn die Nov. 115. c. 3. läßt für diesen Fall legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes et quaelibet alia capitula bei Kräften; Höpfner a. a. O. §. 508., Mühlenbruch Thl. XL. S. 428. u. 472. no. 4. Thl. XXXVII. S. 18. u. not. 39.

In Ansehung der übrigen Erlöschungsgründe der Pupillarsubstitution, welche sich in den Lehrbüchern gleichförmig vorgetragen finden, ist nur folgende Controverse zu berühren. Wird ein Unmündiger arrogirt, so kann zwar auch der arrogator ihm pupillariter substituiren, aber nur in Beziehung auf das von ihm selbst erworbene Vermögen; l. 10. §. 6. D. 28. 6. — l. 22. §. 1. D. 1. 7. — Das frühere Vermögen des Pupillen, und was er unabhängig vom arrogator erwirbt, muß dessen ungeachtet zufolge der vom arrogator zu leistenden Caution dem Erben des Pupillen, mithin dem ihm vom leiblichen Vater gesetzten Pupillarsubstituten herausgegeben werden. Dabei ist nun streitig, ob dieser als Erbe oder als Gläubiger anzusehen sey. Richtiger ist es wohl, nicht mit Cujac. Comm. IX. 29. Quaest. Papiniani ad l. 40. D. de vulgari et pupillari Substit. u. Westphal von Testamenten §. 713. die hereditatis petitio, sondern mit Mühlen-

bruch Thl. XL. S. 410. die actio directa oder utilis ex stipulatu hier eintreten zu lassen.

Schließlich ist zu erwähnen:

a) Der Pupillarsubstitut eines Kindes, das selbst einem anderen Kinde pupillariter substituirt ist, gilt nicht deshalb auch als Pupillarsubstitut des letzten; s. Löhr im civil. Archiv Bd. IX. S. 115., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 453. not. b.

b) Außer den in der Natur der Sache von selbst sich ergebenden Erlöschungsgründen der Pupillarsubstitution ist noch der Verlust für den Substituten, im Fall er versäumt hat, dem Pupillen einen Vormund zu erbitten, l. 10. C. 6. 58., zu bemerken.

---

§. 165.

c) Quasipupillarsubstitution.

1) Die dem Vater nicht allein, sondern auch der Mutter zustehende Befugniß, einem nicht etwa nur an periodischer Geistesabwesenheit Leidenden, sondern perpetuo mento capto, l. 9. C. 6. 22., Mühlenbruch Thl. XLI. S. 1., oder auch — falls er durch eine Curatelbestellung dem mente captus gleich behandelt worden ist — einem fatuo, s. Mühlenbruch a. a. O. S. 43. zu substituiren (niemals jedoch einem vom Wahnsinnigen, bevor er in diesen Zustand verfiel, schon errichteten Testament präjudicirlich, §. 1. J. 2. 12., Mackeldey Lehrb. §. 671.), ist bekanntlich insoweit gesetzlich beschränkt, daß nicht nur dem mente captus der Pflichttheil hinterlassen werden muß, sondern auch, wenn derselbe geistig gesunde Kinder hat, nur eines von diesen und in deren Ermangelung eines der Geschwister desselben,*) aber kein Fremder substituirt werden kann. Wenn nun aber der mente captus mehrere Kinder hat, und der parens nur eines derselben ihm substituirt, muß er den übrigen nicht wenigstens den Pflichttheil hinterlassen?

2) Kann die Pupillarsubstitution auch auf Taubstumme und Verschwender ausgedehnt werden?

---

*) Madihn Opusc. vicissitudines substitut. exemplaris continens Hal. 1775. dehnt dies auch auf Halbgeschwister aus, s. jedoch dagegen Mühlenbruch bei Glück Thl. XLI. S. 8.

3) Kann der Testator auch dem rechtmäßig enterbten Wahnsinnigen substituiren?
4) Ist die Quasipupillarsubstitution auf das eigene Vermögen des Testirers beschränkt, oder kann sie sich auch auf dasjenige Vermögen erstrecken, welches demjenigen, dem substituirt werden soll, anderwärts anfällt?
5) Wenn mehrere Ascendenten dem Wahnsinnigen quasi pupillariter substituiren, welche dieser Substitutionen hat dann den Vorzug vor der andern?
6) Kann der Großvater dem wahnsinnigen Enkel, dessen Vater noch lebt, substituiren?
7) Ist es auch bei der Quasipupillarsubstitution nothwendig, daß der Vater auch sich selbst ein Testament machen muß?
8) Erlischt diese Substitution von selbst, wenn der sie veranlassende Zustand aufhört, oder sonstige Veränderung der Umstände eintritt?
9) Kann die Mutter eines unehelichen Kindes demselben quasi pupillariter substituiren, insbesondere auch für die Dauer seiner Unmündigkeit?

Zu 1) Verschiedene der neueren Rechtslehrer bejahen diese Frage nach dem Vorgang des Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 6. no. 31. wegen der Vorschrift in l. 43. pr. D. 28. 6.*) und weil das Gegentheil sich mit dem vom Kaiser ausdrücklich dieser Institution zum Grund gelegten Humanitätsprincip nicht vereinbaren ließe; l. 9. C. 6. 26., s. Puchta Pand. §. 479., Francke Notherbenrecht §. 36. Die herrschende Meinung hält sich aber an die Worte der l. 9. C. 6. 26.: non licet parenti alios quam ex eo descendentes, unum, vel certos vel omnes substituere und an die damit in Verbindung stehenden: ut occasione hujusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris querela nulla contra testamentum eorum oriatur; Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 234. §. 42. (Ed. 3.), Zimmern im civilist. Archiv Bd. II. S. 289., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 6. §. 11., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 44., Mühlenbruch

*) Diese Gesetzstelle behandelt den Fall, daß ein Vater seinem stummen Sohn substituirt hatte, dieser jedoch nach seines Vaters Tod heirathete, und einen Sohn zeugte. Hier entschied der Kaiser, daß die Substitution wegfalle; die Unfähigkeit des Sohns war ja keine absolute, und durch die Geburt eines heres suus werde die Substitution rumpirt.

bei Glück Thl. XL. S. 487., Fuhr u. Hoffmann civilist. Versuche Bd. I. S. 81., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 345. u. System d. P.-R. §. 840. (Ed. 8.), Arndts Pand. §. 499.

Zu 2) Taubstummen kann nur nach besonderer Bewilligung des Regenten substituirt werden; l. 43. pr. D. 28. 6. H. z. T. ist diese höchst selten denkbar, vielmehr das eigene Recht zu testiren den Taubstummen, wenn sie nur ihren Willen deutlich und bestimmt erklären können, nach l. 10. C. 6. 22. und §. 3. J. 2. 12. nicht zu versagen; Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 813. Ueberhaupt steht jeder Ausdehnung auf andere als mente captos der Grundsatz entgegen, daß jura singularia nie ausdehnend erklärt werden dürfen; Mühlenbruch bei Glück Thl. XLI. S. 40., Braun Erörter. zu Thibaut S. 651. no. 1. Es ist daher nicht räthlich, denjenigen Rechtslehrern zu folgen, welche eine Ausdehnung auf Taubstumme und gerichtlich erklärte Verschwender statuiren, z. B. Lauterbach l. c. §. 44., Struv. Synt. jur. civ. Ex. 33. th. 36., Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 6. §. 27., Stryck de caut. test. Cap. 18. Membr. 3. §. 13. etc., Höpfner Instit. §. 511., Westphal von Testamenten S. 560., Hofacker Princ. jur. civ. §. 1319. No. 4.

Zu 3) Wegen der gesetzlichen Vorschrift, daß dem mente captus der Pflichttheil hinterlassen werden müsse, halten Viele dafür, daß dem Enterbten nicht pupillariter substituirt werden könne; s. Mackeldey Lehrb. §. 671., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 234. §. 41. (Ed. 3.), et autores ibi cit., Hallische Literaturzeitung vom Jahre 1836. no. 73. Allein, da die Regel, daß Kindern wenigstens der Pflichttheil hinterlassen werden müsse, allgemein, aber auch die Ausnahme bei einer verdienten exheredatio gemeingiltig ist, so wird von den meisten Rechtslehrern dahin entschieden, daß die Enterbung aus einer vor dem Eintritt des Wahnsinns verschuldeten gesetzlichen Enterbungsursache zu Recht bestehe; Mühlenbruch a. a. O. Thl. XLI. S. 2., Höpfner Instit. §. 510. not. 5., Stryck de caut. test. cap. 18. Membr. 3. §. 15., Donell. Comm. ad Lib. XXVIII. tit. 6. no. 7., Braun Erörter. zu Thibaut §. 704. no. 5.

Zu 4) Die von einigen Neueren, namentlich Francke Notherbenrecht §. 36., Unterholzner im civil. Archiv Bd. II. S. 57., v. Löhr daselbst Bd. V. S. 105. u. IX. S. 100. in diesem Punkt behauptete und vorzüglich von v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 456. [dem v. Keller Pand. §. 490. beistimmt] vertheidigte Abweichung von dem Wesen der Pupillarsubstitution, die Behauptung nämlich, daß die Wirkung der Substit. exempl. nur auf das eigene Vermögen

des parens zu beschränken sey, welche Voet in Comm. ad. Pand. Lib. 28. tit. 6. no. 33. ex moribus sane hodiernis (doch wohl nur nach der Gewohnheit seines Landes) für entschieden erklärt, hat noch immer die gemeine Meinung gegen sich, nach welcher der parens nicht nur sich, sondern auch dem furioso das Testament macht, und nicht blos über sein eigenes, sondern auch über des Wahnsinnigen Vermögen giltig testirt; l. 9. C. 6. 26. — l. 43. pr. D. 28. 6., Thon gesammelte Rechtsfälle Bd. I. S. 245., Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 482. u. Thl. XLI. S. 9., Fuhr u. Hoffmann civil. Vers. S. 84., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 337. u. Bd. X. S. 217., Mackeldey Lehrb. §. 671., Puchta Pand. §. 479., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 461. (91.) Es ist nämlich, wie neuerlich auch Düffer D. de impuberum et aliis substitutionibus Hal. Sax. 1848. ausgeführt hat, nicht zu verkennen, daß die Gesetze die Quasipupillarsubstitution der Pupillarsubstitution ganz gleichstellen, l. 9. C. 6. 26., was sehr bestimmt aus pr. §. 1. J. 2. 16. zu entnehmen ist, und daß der Zweck auf andere Weise nicht vollständig erreicht werden könnte.

Zu 5) Vorausgesetzt, daß die vorige Frage, sowie geschehen, beantwortet werden müsse, — denn wenn der Substituent nur in sein eigenes Vermögen substituiren konnte, so würden ja die mehreren Substitutionen ohne Anstoß neben einander bestehen, ist unter verschiedenen Meinungen, z. B. die Substitution des zuletzt sterbenden Ascendenten soll allein gelten, s. Heimberger im civil. Archiv Bd. XII. S. 254 ꝛc., oder daß beide Substitutionen neben einander so weit als möglich bestehen, wo es aber zu Collision kommt, Theilung eintrete, oder daß jeder Substitut das von seinem Substituenten selbst herrührende Vermögen erhalte und das übrige Vermögen des Blödsinnigen unter den Substituten getheilt werde, Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 28. tit. 39., Höpfner Instit. §. 510. not. 1., Voet l. c. §. 33., Mackeldey Lehrb. §. 671., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLI. S. 29., — gewiß ad exemplum pupillaris substitutionis die angemessenste Entscheidung für den Vorzug des pater familias, Donell. Comm. Lib. VI. cap. 27., Puchta Pand. §. 479., v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 465. (91.), Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 675., Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 813. not. 4. — so daß also nicht mit Höpfner Inst. §. 510. no. 1., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 341. no. 3. und Braun Erörter. zu Thibaut's System §. 704. no. 6. daraus, daß die Exemplarsubstitution auch der Mutter gesetzlich eingeräumt ist, so viel zu folgern

bei Glück Thl. XL. S. 487., Fuhr u. Hoffmann civilist. Versuche Bd. I. S. 81., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 345. u. System d. P.=R. §. 840. (Ed. 8.), Arndts Pand. §. 499.

Zu 2) Taubstummen kann nur nach besonderer Bewilligung des Regenten substituirt werden; l. 43. pr. D. 28. 6. H. z. T. ist diese höchst selten denkbar, vielmehr das eigene Recht zu testiren den Taubstummen, wenn sie nur ihren Willen deutlich und bestimmt erklären können, nach l. 10. C. 6. 22. und §. 3. J. 2. 12. nicht zu versagen; Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 813. Ueberhaupt steht jeder Ausdehnung auf andere als mente captos der Grundsatz entgegen, daß jura singularia nie ausdehnend erklärt werden dürfen; Mühlenbruch bei Glück Thl. XLI. S. 40., Braun Erörter. zu Thibaut S. 651. no. 1. Es ist daher nicht räthlich, denjenigen Rechtslehrern zu folgen, welche eine Ausdehnung auf Taubstumme und gerichtlich erklärte Verschwender statuiren, z. B. Lauterbach l. c. §. 44., Struv. Synt. jur. civ. Ex. 33. th. 36., Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit 6. §. 27., Stryck de caut. test. Cap. 18. Membr. 3. §. 13. etc., Höpfner Instit. §. 511., Westphal von Testamenten S. 560., Hofacker Princ. jur. civ. §. 1319. No. 4.

Zu 3) Wegen der gesetzlichen Vorschrift, daß dem mente captus der Pflichttheil hinterlassen werden müsse, halten Viele dafür, daß dem Enterbten nicht pupillariter substituirt werden könne; s. Mackeldey Lehrb. §. 671., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 234. §. 41. (Ed. 3.), et autores ibi cit., Hallische Literaturzeitung vom Jahre 1836. no. 73. Allein, da die Regel, daß Kindern wenigstens der Pflichttheil hinterlassen werden müsse, allgemein, aber auch die Ausnahme bei einer verdienten exheredatio gemeingiltig ist, so wird von den meisten Rechtslehrern dahin entschieden, daß die Enterbung aus einer vor dem Eintritt des Wahnsinns verschuldeten gesetzlichen Enterbungsursache zu Recht bestehe; Mühlenbruch a. a. O. Thl. XLI. S. 2., Höpfner Instit. §. 510. not. 5., Stryck de caut. test. cap. 18. Membr. 3. §. 15., Donell. Comm. ad Lib. XXVIII. tit. 6. no. 7., Braun Erörter. zu Thibaut §. 704. no. 5.

Zu 4) Die von einigen Neueren, namentlich Francke Notherbenrecht §. 36., Unterholzner im civil. Archiv Bd. II. S. 57., v. Löhr daselbst Bd. V. S. 105. u. IX. S. 100. in diesem Punkt behauptete und vorzüglich von v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 456. [dem v. Keller Pand. §. 490. beistimmt] vertheidigte Abweichung von dem Wesen der Pupillarsubstitution, die Behauptung nämlich, daß die Wirkung der Substit. exempl. nur auf das eigene Vermögen

des parens zu beschränken sey, welche Voet in Comm. ad. Pand. Lib. 28. tit. 6. no. 33. ex moribus sane hodiernis (doch wohl nur nach der Gewohnheit seines Landes) für entschieden erklärt, hat noch immer die gemeine Meinung gegen sich, nach welcher der parens nicht nur sich, sondern auch dem furioso das Testament macht, und nicht blos über sein eigenes, sondern auch über des Wahnsinnigen Vermögen giltig testirt; l. 9. C. 6. 26. — l. 43. pr. D. 28. 6., Thon gesammelte Rechtsfälle Bd. I. S. 245., Mühlenbruch bei Glück Thl. XL. S. 482. u. Thl. XLI. S. 9., Fuhr u. Hoffmann civil. Vers. S. 84., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 337. u. Bd. X. S. 217., Mackeldey Lehrb. §. 671., Puchta Pand. §. 479., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 461. (91.) Es ist nämlich, wie neuerlich auch Düffer D. de impuberum et aliis substitutionibus Hal. Sax. 1848. ausgeführt hat, nicht zu verkennen, daß die Gesetze die Quasipupillarsubstitution der Pupillarsubstitution ganz gleichstellen, l. 9. C. 6. 26., was sehr bestimmt aus pr. §. 1. J. 2. 16. zu entnehmen ist, und daß der Zweck auf andere Weise nicht vollständig erreicht werden könnte.

Zu 5) Vorausgesetzt, daß die vorige Frage, sowie geschehen, beantwortet werden müsse, — denn wenn der Substituent nur in sein eigenes Vermögen substituiren konnte, so würden ja die mehreren Substitutionen ohne Anstoß neben einander bestehen, ist unter verschiedenen Meinungen, z. B. die Substitution des zuletzt sterbenden Ascendenten soll allein gelten, s. Heimberger im civil. Archiv Bd. XII. S. 254 ꝛc., oder daß beide Substitutionen neben einander so weit als möglich bestehen, wo es aber zu Collision kommt, Theilung eintrete, oder daß jeder Substitut das von seinem Substituenten selbst herrührende Vermögen erhalte und das übrige Vermögen des Blödsinnigen unter den Substituten getheilt werde, Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 28. tit. 39., Höpfner Instit. §. 510. not. 1., Voet l. c. §. 33., Mackeldey Lehrb. §. 671., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLI. S. 29., — gewiß ad exemplum pupillaris substitutionis die angemessenste Entscheidung für den Vorzug des pater familias, Donell. Comm. Lib. VI. cap. 27., Puchta Pand. §. 479., v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 465. (91.), Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 675., Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 813. not. 4. — so daß also nicht mit Höpfner Inst. §. 510. no. 1., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 341. no. 3. und Braun Erörter. zu Thibaut's System §. 704. no. 6. daraus, daß die Exemplarsubstitution auch der Mutter gesetzlich eingeräumt ist, so viel zu folgern

wäre, daß im Collisionsfall Vater und Mutter als völlig gleichberechtigt anzusehen und deshalb unter den collidirenden Substituten eine Theilung pro rata anzunehmen wäre, sondern insoweit die Substitution weiter als auf das eigene Vermögen des Substituenten geht, nur die Substitution des Inhabers der väterlichen Gewalt wirksam werde; s. Düffer D. cit. pag. 47. Ueberhaupt sind vermöge l. 9. C. 6. 26. alle Seitenverwandte, welche von dem Testator abstammen, anderen Personen vorzuziehen; Nehrhoff Archiv Bd. II. S. 201.

Zu 6) Da l. 9. C. 6. 26. dem Testirer auflegt, dem furiosus die legitima zu geben, so kann sie wohl nur vom unmittelbaren parens verstanden werden. Lebt also der Vater, so muß wenigstens die väterliche Substitution den Vorzug haben; s. Braun Erörter. zu Thibaut §. 704. no. 7., vergl. Mühlenbruch Thl. XL. S. 489.

Zu 7) v. Löhr im civil. Archiv Bd. V. S. 112. hält dies zwar nicht für nöthig, allein seiner Meinung ist nicht nur die Rechtsanalogie der Pupillarsubstitution entgegen, sondern sie ist auch mit der Vorschrift der l. 9. C. 6. 26., welche dem substituirenden parens zur Pflicht macht, dem Kind die legitima zu gewähren, nicht wohl vereinbarlich, indem hiebei doch in Gemäßheit der Nov. 115. c. 3. an ein Testament des parens, über sein eigenes Vermögen gedacht werden muß; Mühlenbruch Thl. XLI. S. 3., Höpfner Instit. §. 510., Braun Erörter. zu Thibaut §. 704. no. 8.

Zu 8) Da selbst die durch landesherrliche Erlaubniß bewirkte exemplarische Substitution von selbst erlischt, wenn der Grund derselben aufhört, l. 43. pr. D. 28. 6., so muß auch überhaupt angenommen werden, daß mit dem Rechtsgrund auch das Recht selbst hier aufhöre. Zweifelhaft ist es, ob eine auf solche Weise erloschene Substitution durch späteren Rückfall in den Wahnsinn wieder wirksam werde. Donell. Comm. jur. civ. Lib. VI. c. 27. behauptet dies mit mehreren älteren Rechtsgelehrten, insofern nicht inzwischen in geistig gesundem Zustand vom furioso selbst testirt worden ist. Indessen streitet dagegen nicht nur die Analogie des Princips, daß einem nur periodisch an Geistesabwesenheit Leidenden nicht substituirt werden kann, sondern auch die Rechtsregel, daß ein Einmal zerstörtes Testament nicht von selbst wieder hergestellt werde; Mühlenbruch Thl. XLI. S. 35. no. 8.

Wird dem Wahnsinnigen ein vernünftiges Kind geboren, nachdem sein Vater für ihn bereits testirt hat, so wird dieses Testament

rumpirt, l. 43. pr. cit., etiam agnatione sui heredis discendum est, rumpi substitutionem.

Zu 9) Der Mutter eines außerehelichen wahnsinnigen Kindes wird zwar hie und da das Recht der exemplarischen Substitution besonders während der Unmündigkeit des Kindes bestritten, Voet Comm. l. c. §. 28., allein da auch das uneheliche Kind von der Mutter den Pflichttheil zu fordern berechtigt ist, so kann wohl der Consequenz nach auch das Substitutionsrecht der Mutter nicht abgesprochen werden, und wenn auch das Kind in der Unmündigkeit stirbt, so folgt daraus, daß sie ihm nicht pupillarisch substituiren kann, keineswegs, daß sie ihm auch nicht exemplarisch substituiren könne; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 28. tit. 6. §. 40., Mühlenbruch Thl. XL. S. 489.

---

§. 166.

8. Von der Exhibition*) und dem Beweis des Testaments.

Dig. XLIII. 5. Cod. VIII. 7. de tabulis exhibendis.

1) Zufällige Zerstörung oder Beschädigung des schriftlichen Testaments schadet bekanntlich nicht, wenn nur der Inhalt desselben genügend dargethan werden kann, l. ult. D. 28. 3. — l. 1. D. 28. 4. — l. 1. §. 3. 10. 11. D. 37. 11. — l. 30. C. 6. 23. Wenn aber das außergerichtlich errichtete Testament oder das über ein gerichtliches Testament aufgenommene Protokoll verloren gegangen ist, sind dann andere Beweise der Existenz und des Inhalts des letzten Willens selbst dann zulässig, wenn das Testament schon vor dem Tode des Testirers zu Grunde gegangen ist?
2) Genügt der Beweis eines mündlichen Testaments durch 2 Zeugen? und findet auch Eidesdelation an den Besitzer der Erbschaft oder an die Intestaterben statt?

---

*) Diese ist h. z. T. durch Landrecht und Gerichtsordnung geregelt; s. übrigens Glück opusc. Fasc. I. no. 1. de testam. privati solennis probatione, vgl. oben §. 154. zu Fr. 3. Ein Testament, welches zu seiner Errichtung der Zeugen bedurft hätte, muß vom Testator selbst, durch einen Procurator kann es aber dann dem Gericht übergeben werden, wenn es ein privilegirtes ist, welches der Zuziehung von Zeugen oder der gerichtlichen Hinterlegung zu seiner Giltigkeit gar nicht bedurfte; s. Erk. d. O.-A.-G. in Zerbst in Emminghaus Sächs. Pand. S. 163. no. 240.

3) Kann der Beweis eines vom Testirer seinem Erben mündlich auferlegten Fideicommisses nur durch Eideszuschiebung an diesen, oder auch durch Zeugen geführt werden?

4) Wenn 2 Testamente vorhanden sind, von welchen man, weil bei dem Einen oder bei beiden das Datum fehlt, nicht weiß und auch aus dem Inhalt es nicht bestimmt erkennen kann, welches das neuere und welches das ältere ist: was ist die rechtliche Folge?

Zu 1) Da einige Gesetzstellen den Beweis der gesetzmäßigen Errichtung und des Inhalts eines verloren gegangenen Testaments ohne Unterschied gestatten, s. l. 1. §. 3. D. 28. 4. — l. 10. §. 2. D. 29. 3.*), so findet man gewöhnlich diese Frage bejaht, s. Schweppe röm. Pr.-R. Bd. V. §. 804., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 470. (99.), Seuffert's Archiv XIII. No. 154., indessen sprechen die l. 1. D. 37. 2. — l. 1. §. 3. 10. 11. D. 37. 11. — l. 11. l. 30. C. 6. 23. doch nur von einem nach dem Tod des Testirers abhanden gekommenen Testament. Auf letzteres beschränkt sich Thibaut System §. 891. (Ed. 8), wogegen Schweppe a. a. O. erinnert, daß der letzte Wille zum Zweck der bon. poss. zur Zeit des Todes des Testirers noch vorhanden seyn müsse, gehöre zu den älteren Eigenheiten dieser Successionsart. Hiernach wird zwischen dem einen und anderen Fall kein weiterer Unterschied stattfinden, als daß den gesetzlichen Erben gegen den, welcher auf ein vor dem Tode des Testirers schon gemangeltes Testament Erbansprüche gründen will, der Beweis, daß der Testirer von dessen Untergang gute Wissenschaft gehabt habe, nachgelassen werden müßte; vergl. Hagemann und Günther Archiv Bd. II. S. 75. Ueberhaupt dürfen nicht solche Umstände entgegenstehen, aus welchen eine Willensänderung des Testators hervorleuchtet; s. Arndts im Rechtslex. Bd. V. S. 218. Herrscht Dunkelheit und Ungewißheit über den Inhalt der im Testament gemachten Verfügungen, oder über die Umstände, unter welchen es errichtet worden, so kann demselben keine Wirksamkeit zukommen; Mevii Dec. 6. 8. dec. 7., Quistorp Beiträge S. 227.

Zu 2) Zum Beweis eines verlornen gerichtlichen Testaments

---

*) Einen interessanten Fall, wo eine testamentarische Erbeinsetzung, ungeachtet sich ein Testament ni[illegible]rfand, auf andere Weise für bewiesen angenommen wurde, s. G. H[illegible]ymer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abth. 1. no. 103.

genügt wohl nach c. 28. X. de testam. (2. 20.) — conf. Schweppe a. a. O. §. 804., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 470. (100.) — unbedenklich die eidliche Vernehmung des Gerichtscommissärs und Actuars, obgleich Semler in dem zu Fr. 1. angeführten Archiv S. 80. einen solchen von ihm sogenannten Privatbeweis ausschließt. Soll aber der Beweis eines abhanden gekommenen Privattestaments geführt werden, so geht zwar die Meinung Vieler dahin, daß die Zahl von 7 Zeugen nicht nöthig sey, weil diese nur zur Solennitas actus erfordert würden, zur Erprobung was immer für einer Thatsache aber 2 Zeugen genügen müßten; Leyser Sp. 388. Med. 4., Stryck de cautel. testam. Cap. 15. §. 43., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. th. 19. not. 3., Quistorp Beitr. zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien no. XVI., Walch Introd. in controv. j. c. pag. 305. (Ed. 3.), Seuffert Erörter. zur Lehre vom Erbrecht no. 7., Hartitzsch Erbr. §. 65., Hellfeld Jurispr. for. §. 1413. u. 1417. und es wird dafür auch der Gerichtsbrauch behauptet, s. Hagemann u. Günther a. a. O. Bd. II. S. 88. u. Seuffert's Archiv XIII. No. 154. u. XV. No. 138., indessen sind die meisten Neueren der früher schon von Donell. Comm. de jure civili Lib. VI. c. 10. inf. Vol. III. pag. 367. behaupteten und von Glück Thl. VII. S. 504. u. Thl. XXXV. S. 8. weiter ausgeführten Meinung beigetreten, daß das Gesetz, um der Gewißheit einer Handlung willen, über welche der Urheber nicht mehr Rede geben kann, eine außerordentliche Zahl von Zeugen erfordere, l. 32. C. 6. 42. ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur, mithin die erforderliche Gewißheit nicht durch 2 Zeugen desfalls hergestellt werden könne, sondern nur durch die 7 testes rogati, daher auch nicht einmal durch zufällig beim Act anwesend gewesene Zeugen; Braun Erörter. zu Thibaut §. 740., Thibaut System §. 891. Ed. 8.), Puchta Pand. §. 516., Arndts a. a. O. und die Lehrbücher von Hofacker, Malblanc und Günther; doch hält der von Glück Thl. XXXV. S. 8. not. 10. für seine Meinung angeführte Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 804. in dem Fall 2 Zeugen für zulänglich, wenn deren Mehrere nicht mehr am Leben sind, und auch Thibaut a. a. O. erkennt es wenigstens als die Meinung Vieler an, daß die abgestorbenen Zeugen durch andere ersetzt werden können, was der gesetzlichen Begünstigung der letzten Willen entspricht, nam publice expedit, suprema hominum judicia exitum habere, l. 5. D. 29. 3., sowie dem Grundsatz, die Beweislast zu erleichtern, wenn

der Beweisführer ohne seine Schuld früher vorhanden gewesene Beweismittel verloren hat.

Manche halten auch die Eideszuschiebung für zulässig, s. Deinlin D. de licita jurisjurandi judicialis delatione super facto illicito et spec. libertatem testandi restringente. Altdorf 1739., Quistorp Beitr. S. 232., was wenigstens nicht unbedingt mit Glück Thl. VII. S. 508. zu verwerfen, sondern in dem Fall zuzugestehen seyn wird, wenn die Thatumstände von solcher Beschaffenheit sind, daß sie dem Delaten bekannt geworden seyn konnten oder mußten.

Ist das Testament dolos unterschlagen worden, so braucht blos der dolus bewiesen zu werden, s. Danz Grunds. d. ordentl. gem. bürgerl. Proc. §. 325. not. a. Ueber das interdict. de tabulis exhibendis s. Schweppe a. a. O. §. 805.

Zu 3) S. unten Kap. X. §. 5. vom s. g. Oralfideicommiß.

Zu 4) Die Meinung Einiger, daß beide gelten sollen, s. Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 486., Stryck de succ. ab intestato Diss. IX. cap. 4. §. 37., ist gewiß zu verwerfen, vielmehr zu behaupten, daß dann keines von beiden gelte, vermöge der Regel: paganus cum duobus testamentis decedere nequit; nur dann, wenn sie unzweifelhaft zu gleicher Zeit gemacht sind, wird eines als Theil des andern angesehen, und beide werden als ein Ganzes erhalten; l. 1. §. 6. l. 11. §. 2. D. 37. 11., Höpfner Instit. §. 518., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 782. not. 6. u. §. 807., Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 3. no. 9., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 460. II. 5.

---

§. 167.

9. Von Eröffnung der Testamente, deren Anerkennung und Vollziehung.

Da hierüber h. z. T. das Particularrecht und die Gerichtsverfassung jedes einzelnen Landes die nöthigen Bestimmungen darbietet, so ist füglich dahin zu verweisen. Hienach entscheidet es sich auch, ob die Vorschrift der l. 2. §. 6. D. 29. 3. — l. 3. C. 6. 32, daß der Richter das Datum des Testaments nicht mit publiciren soll, um zu verhüten, daß etwa ein neueres Testament betrüglich untergeschoben werde, h. z. T. noch im Gebrauch sey, wovon Voet Comm. ad Pand. Lib. II. tit. 13. §. 2. Lib. XXIX. tit. 3. §. 4.

wohl mit Grund das Gegentheil bezeugt; desgleichen die Bestimmung der Nov. 1. c. 1.*), daß der Erbe, welcher den letzten Willen in Jahresfrist nach erhaltener obrigkeitlicher Admonition unerfüllt läßt, dessen, was ihm darin hinterlassen ist, jedoch ohne Einbuße des Pflichttheils, verlustig seyn soll, wobei übrigens die Meinungen noch darüber getheilt sind, ob das Gesetz nur von demjenigen zu verstehen sey, welcher die Erbschaft angetreten und nur irgend eine Vorschrift desselben unerfüllt gelassen hat, oder auch von demjenigen, welcher so lange mit der Erbschaftsantretung zurückhält, s. Stryck de success. ab intest. Diss. l. c. 1. §. 30., Lauterbach D. de testamento destituto §. 27. Ersterer, obgleich seinerseits anderer Meinung, sagt: communis videtur sententia, utroque casu huis Novellae locum esse. Interessante Ueberbleibsel römischer Testamente und Eröffnungsacte aus dem 6ten Jahrhundert s. Spangenberg im civilist. Archiv Bd. V. S. 144. Uebrigens s. Westphal von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. Leipz. 1790. Leyser Sp. 373. Med. 1—3., v. Keller Pand. §. 498.

Ueber die Frage: inwiefern die Anerkennung des Testaments von Seite der Erbinteressenten auch stillschweigend angenommen werden könne? s. Martin Rechtsgutachten Bd. I. no. 2., Elvers allgem. jurist. Zeitung Bd. I. S. 355 u. 361.**) Häufig pflegt das Gericht die Intestaterben zur Eröffnung eines vorhandenen Testaments und zur Erklärung über dessen Anerkennung oder Nichtanerkennung binnen eines vorgesteckten Termins unter dem Präjudiz vorzuladen, daß nach dessen Ablauf das Testament als von ihnen anerkannt angesehen würde. Allein dieses Präjudiz ist unwirksam, und kann eine später gegen das Testament erhobene Nichtigkeitsklage nicht hindern, denn der Richter kann den gesetzlichen Zeitraum für die Klage nicht beschränken; s. Glück Thl. VI. §. 552., Sintenis pr. Civilr. Bd. III. §. 181 u. 182. Ueber die Frist zur Antretung einer Erbschaft s. unten Kap. VI. vom Erbschaftserwerb im Allgemeinen Fr. 1.

---

*) S. auch Auth. Cod. l. ult. C. 6. 42.

**) Ueber die Frage: ob ein Vergleich über ein noch nicht eröffnetes Testament ungiltig sey, insofern nicht die Transigenten den Inhalt bereits gekannt haben, s. Glück Thl. V. §. 349. Der Gerichtsbrauch ist, der l. 6. D. 2. 15. gemäß, für die Ungiltigkeit eines solchen Vergleichs, s. v. Hartitzsch Entscheidungen ꝛc. no. 423.

Von Testaments-Executoren insonderheit.

1) Ist der competente Richter stets als gesetzlicher Testamentsexecutor anzusehen?
2) Können auch Frauen Testamentsvollzieherinnen werden?
3) Ist die eidliche Verpflichtung des Testamentsexecutors erforderlich?
4) Im Allgemeinen können die Functionen eines Testamentsvollziehers in Betreff der Inventur-Versicherung des Nachlasses und Rechnungsablage,*) Aufforderung der Erben, sich über die Antretung der Erbschaft zu erklären rc., als bekannt vorausgesetzt werden; doch ist es zweifelhaft,
   a) ob dem Testamentsexecutor ohne besondere ihm durch das Testament ertheilte Autorisation die Auslegung der Testamente bei vorkommenden Zweifeln zusteht;
   b) ob ein schiedsrichterliches Amt, wenn die Erben uneinig sind;
   c) ob er Pacht- und Miethverträge schließen und erneuen, auch Veräußerungen vornehmen und Erbschaftsgläubiger bezahlen darf?
   d) [ob er über die Beobachtung solcher und zwar unmotivirter letztwilliger Verbote, die nur im Interesse des Honorirten getroffen sind, zu wachen hat?]
   e) [hat er ein Widerspruchsrecht gegen Aufhebung eines letztwilligen Familienfideicommisses?]
5) Kann dem Testamentsvollzieher, um sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen, das remedium ex lege ult. C. de Edicto Divi Hadriani tollendo (6. 33.) zugestanden werden?
6) Steht dem Testamentsexecutor ein Widerspruchsrecht zu, wenn sämmtliche Erben und sonstige Interessenten über eine Abweichung von der testamentarischen Vorschrift einig sind?
7) Wenn mehrere Executoren ernannt sind, so ist es Regel, daß sie vereint zu handeln haben, arg. c. 6. de procur. in VIto. (1. 19.), Lauterbach D. de executor. ultimar. volunt. c. IX. no. 107., dessen Diss. acad. T. II.

---

*) [Ueber obrigkeitliche Intervention bei der Nachlaßregulirung des Vollstreckers s. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. XII. S. 461. u. Seuffert's Archiv IX. No. 188. Dazu ebendas. XIV. No. 102.]

no. 79. und Roßhirt über Testamentsexecutoren in seiner Zeitschr. Bd. I. S. 217., so daß der Andere nur dann giltig vollziehen kann, wenn der Eine durch Abwesenheit oder Tod verhindert ist, c. 2. §. 1. de testam. in VIto. (3. 11.); was hat aber dann zu geschehen, wenn die coexecutores unter sich dissentiren?

8) Darf der Testamentsvollzieher, auch wenn ihn der Testator nicht speciell dazu ermächtigt hat, einen Andern substituiren?

9) Kann er ein Honorar fordern, wenn der Testator, welcher ihn berufen, nichts darüber bestimmt hat?

10) Wenn der Testamentsvollzieher bereits Geschäfte seines Amts begonnen hat, in der Folge aber sein Amt wegfällt, indem z. B. der eingesetzte Erbe nicht Erbe werden kann oder will, müssen dann diejenigen, welche den Nachlaß an sich zu ziehen berechtigt sind, seine Handlungen gelten lassen?

11) Ist, wenn mehrere Executoren ernannt sind, Jeder nur für sich oder Einer für den Andern verantwortlich?

12) Steht den Legataren wegen der ihnen bestimmten Vermächtnisse ein Klagrecht blos gegen die Erben oder auch gegen den Testamentsvollzieher zu?

Zu 1) Wenn dies von Einigen angenommen wird, s. Puchta Handb. des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen Rechtssachen Th. II. §. 240. S. 269., Leyser Sp. 374. Med. 10., so ist es, wie Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 408. richtig bemerkt, mit der Einschränkung zu verstehen, daß richterliche Thätigkeit nicht ohne gegebene Aufforderung einzutreten habe; z. B. Curatel-Anordnung für Minderjährige, Abwesende u. dergl. und die Sorge für die Ausführung gewisser besonders begünstigter letztwilliger Anordnungen, cf. l. 7. D. 33. 1. — l. 3. D. 34. 1.

Wenn Einige den Richter vermöge des Oberaufsichtsrechts für befugt erachten, dem Executor Rechnung abzufordern und diese ex officio zu prüfen und zu moniren, s. Scholz über Testamentsvollzieher S. 51., so ist dies wohl nach Glück a. a. O. S. 431. nur auf Fälle des öffentlichen Interesses und wo entweder nach allgemeinen Grundsätzen oder nach besonderen Vorschriften, z. B. l. 3. D. 34. 1. — l. 7. D. 33. 1., die officielle Thätigkeit begründet ist, einzuschränken.

Zu 2) Die Bejahung dieser Frage, welche aus cap. 3. X. de testam. (3. 26.) argumentirt wird, s. Lauterbach Diss. cit. cap. VI. no. 3., Mühlenbruch Thl. XLIII. S. 415., Roßhirt über testam. Executoren in seiner Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. I. S. 227., versteht sich mit Ausschluß eigentlicher negotia virilia, wie z. B. schiedsrichterliches Amt oder Vertretung vor Gericht; s. Scholz über Testaments-Vollzieher. Altenburg 1841. §. 15.

Zu 3) Gemeinrechtlich nicht; s. Lauterbach l. c. cap. IX. no. 11., Scholz a. a. O. S. 51.

Zu 4) Es fehlt zwar gar sehr an sicheren gemeinrechtlichen Bestimmungen über Rechte und Pflichten der Testamentsvollzieher. Was sich in den urkundlichen Nachrichten über das Geschäft der Salmänner und ähnlicher Vermittler des Willens eines Erblassers findet, fällt mit dem Begriff solcher Beauftragten weg; s. Mühlenbruch Thl. XLIII. S. 405.

Die Praxis macht aus dem Testamentsvollzieher ein Mittelwesen zwischen Mandataren und Curatoren. Am sichersten wird man ihre Rechte und Verbindlichkeiten nach denen eines procurator omnium bonorum beurtheilen. Demnach kann ihm

zu a) keine Befugniß zur Entscheidung eingeräumt werden, wenn die Erben über den Sinn der testamentarischen Bestimmung uneinig sind, wie gleichwohl Hellfeld Jurispr. for. §. 1502. und Lauterbach l. c. cap. IX.. no. 82. annimmt, denn entscheiden kann nur eine Richteramtsperson; l. 3. C. 3. 13., Scholz a. a. O. §. 19 u. 21.

Zu b) Es kann wohl nicht mit Thibaut System §. 1000. (Ed. 8.) angenommen werden, daß dem Testamentsvollzieher eo ipso ein schiedsrichterliches Amt zustehe, und auch der von ihm angeführte Leyser Sp. 374. Med. 8 u. 11. sagt vielmehr das Gegentheil; arbiter kann er nur durch eine — allerdings in der Macht des Testators nach l. 75. pr. D. de legat. I. (30.) — l. 1. §. 1. D. de leg. II. (31.) — l. 11. §. 7. D. de leg. III. (32.) — c. 13. X. de testam. (3. 26.) liegende, specielle und ausdrückliche testamentarische Autorisation werden, und selbst in diesem Fall kann sein schiedsrichterlicher Spruch binnen 10 Tagen durch Extrajudicial-Appellation angefochten werden; l. 5. pr. C. 2. 56., Mühlenbruch Thl. XLIII. S. 420., Seuffert's Archiv XII. No. 48.

Zu c) Wenn ihm gleich alles dies insoweit zusteht, als es Nutzen und Nothdurft der Sache erheischt, so ist doch jedem Testamentsvollzieher sehr zu rathen, daß er nicht leicht die Zustimmung

der Erben umgehe, oder wenn diese uneinig sind, die gerichtliche Autorisation, besonders bei Veräußerung von Immobilien, nachsuche, und besonders an Gläubiger nicht Zahlung leiste, bevor sie von den Erben dafür anerkannt sind; Cap. 19. X. de testam. (3. 26.), Mühlenbruch a. a. O. S. 423 ꝛc. In einem in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 311. erzählten Fall wurde dem Testamentsvollzieher zwar sogar die Legitimation zur Verklagung eines Erbschaftsschuldners von diesem aus dem Grunde bestritten, weil er dadurch in eine schlimmere Lage versetzt würde, indem er dem Executor nicht wie dem Erben den Eid zuschieben könnte, da Eide nicht von Bevollmächtigten, sondern von den Parteien selbst zu leisten seyen. Das O.-A.-G. in Dresden erkannte aber den Beklagten gleichwohl zur Einlassung für verbunden, mit dem Anhang, daß ihm der Gebrauch der Eideszuschiebung gegen die eingesetzte Erbin demungeachtet zu gestatten sey. Unzweifelhaft ist jedoch nur dann, wenn der Executor durch das Testament zur Einklagung der Schuldner des Erblassers ermächtigt ist, s. Seuffert's Archiv Bd. III. S. 92., dessen Legitimation anzuerkennen.

Zu d) [Bejaht vom O.-A.-G. zu Cassel, in Abweichung vom O.-A.-G zu Dresden; s. Seuffert's Archiv X. No. 271.]

Zu e) [Verneint vom O.-A.-G. zu Darmstadt; Seuffert's Archiv XIII. No. 269.]

Zu 5) Obgleich dasselbe eigentlich nur den Erben gegeben ist, so wird dasselbe doch gewöhnlich*) utiliter auch dem Testamentsexecutor eingeräumt, Lauterbach l. c. cap. IX. no. 25—30., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1631. no. 4., Mühlenbruch a. a. O. S. 418. not. 81. u. S. 443. arg. l. 8. D. 42. 4., und selbst direct, wenn er loco heredis ist, was dann der Fall ist, wenn nach der Landesgesetzgebung die Ernennung eines Erben nicht absolut im Testament erforderlich ist, und der Testator blos andere Dispositionen getroffen hat, zu deren Vollzug ein Testamentsexecutor von ihm bestellt ist; Mühlenbruch a. a. O. S. 410—414., Roßhirt a. a. O. S. 232.

In diesem Fall stehen ihm auch die erbschaftlichen Klagen und sogar utilis hereditatis petitio zu; Lauterbach l. c. Cap. 9. no 37—55., Mühlenbruch a. a. O.

Zu 6) Leyser Sp. 374. Med. 11. bejaht diese Frage, allein da sich Zwecke des Testators denken lassen, für deren Erreichung

*) Eine Ausnahme s. unten Kap. VII. Fr. 11.

2) daß die Absicht*) mehr gilt als die Worte. – Besondere Regeln sind hier und da in den Gesetzen enthalten, z. B.:

a) daß Liberalitäten und Wohlthaten des Testators ihrem vollen Sinne nach zu verstehen sind, so daß der Honorirte das ihm Zugedachte ungeschmälert erhält; l. 10. pr. D. 5. 2. — l. 13. pr. D. 34. 5. — l. 17. §. 1. D. de leg. I. (30.) — l. 68. pr. l. 101. pr. D. de leg. III. (32.)

b) Wenn der Gegenstand der Disposition mit der Zeit sich verändert, so ist er so zu verstehen, wie er zur Zeit der Errichtung der Disposition war; l. 41. §. 4. D. de leg. III. (32.) l. 7. D. 34. 2.

c) Wenn der Testator seinen Honorirten nur durch eine Collectivbenennung bezeichnet hat, z. B. meine Brudersöhne, so gilt sie zwar auch für die zur Zeit seines Todes noch nicht geborenen, sondern nur concipirten, aber doch nicht für diejenigen, welche der Testator todt geglaubt hat, l. 16. §. 3. u. 4. D. 26. 2.

d) Wenn Mehrere in derselben Verfügung bedacht sind, so sollen sie selbst dann pro rata theilen, wenn der Testirer sie auch nicht copulativ, sondern alternativ berufen hat; melius nobis visum est, coujunctionem *aut* pro *et* accipi. l. 4. C. 6. 38.

e) Wenn Mehreren dieselbe Sache vermacht ist, so muß sie unter ihnen getheilt werden, wenn nicht die Absicht des Testirers dahin klar entnommen werden kann, daß der Eine die Sache, der Andere den Werth bekomme, oder daß dem Ersteren die Sache entzogen und dem Zweiten zugewandt werden soll,**)

---

*) Facit totum voluntas defuncti; quid senserit, spectandum est. l. 35. §. 3. D. 28. 5. — l. 16. C. 6. 42. cf. l. 19. pr. l. 101. pr. D. 35. 1. — Der Wahrscheinlichkeit der Absicht kann man aber nur dann folgen, wenn die Worte dunkel oder mehrdeutig sind; l. 30. D. 26. 2. — l. 33. D. 34. 2., wobei man denn auf die gewöhnliche Ausdrucksweise des Testators, l. 21. §. 1. D. 28. 1. — l. 50. §. 3. D. de leg. I. (30.) l. 14. D. 33. 1. — l. 22. pr. D. 34. 1., desgleichen auf den Sprachgebrauch der Gegend Rücksicht nimmt, in welcher der Testator lebte; l. 75. D. de leg. III. (32.) l. 18. §. 3. D. 33. 7. Wenn eine andere Absicht bewiesen werden kann, so wird diese beachtet, selbst wenn die Worte klar eine andere Bedeutung haben, l. 3. C. 6. 28. — l. 16. C. 6. 42., ist aber jene nur wahrscheinlich gemacht, so müssen die Worte des Testators gelten. Eine vorzügliche Abhandlung über die bei der Interpretation der Testamente, insbesondere der Erbeinsetzung zu beobachtenden Grundsätze, s. Elvers' Themis, neue Folge Bd. I. no. 8.

**) Ist ein Legat Zweien gleichen Namens ertheilt, dem Einen aber wieder entzogen, ohne daß man sieht, welchem von Beiden, so ist dasselbe bei der Abweichung zweier Gesetzesstellen, l. 3. §. 7. D. 34. 4. u. l. 10. pr. D.

l. 33. D. de leg. I. (30.) — l. un. §. 11. C. 6. 51. Ist aber in einer späteren Disposition dem B. ein Theil von dem zugewendet, was nach der früheren Disposition der A. ganz erhalten sollte, so soll A. nur das erhalten, was nach Befriedigung des B. übrig bleibt, l. 23. pr. C. 6. 37.

f) Man sagt gewöhnlich, wenn die Auslegung zweifelhaft ist in Beziehung auf größere oder geringere Belastung des Erben, so sey in Ermangelung anderer Entscheidungsgründe für den Erben und gegen den Legatar zu erkennen; da aber in den Gesetzen gar viele Beispiele vorkommen, wo zu Gunsten des Legatars und nicht des Erben entschieden ist, so muß man ein höheres Princip aufsuchen, und dies bleibt immer die Natur der Sache*) und der unter Zusammenhalt aller Umstände zu erforschende muthmaßliche Wille der Testirenden, l. 96. D. 50. 17. — l. 18. §. 3. D. 33. 7. Eine Anwendung dieses Grundsatzes findet sich bei Madihn Miscellen Bd. I. S. 190. Freilich gibt es Fälle, wo es an Grund für irgend eine Vermuthung fehlt, und da kann wohl nur für das Minus entschieden werden, wenn das Plus nicht auf andere Weise als vom Testirer beabsichtet erwiesen werden kann, wie z. B. in dem Fall, wo in einem doppelt gefertigten Testament dem Titius 100, im Duplicat nur 50 aurei legirt waren, Titius sich nach l. 47. D. de legat. II. (31.) mit 50 begnügen mußte; oder, wo Jemandem vom Testirer zweimal legirt, aber dabei gesagt war, daß nur Eines zu prästiren sey, ohne zu bezeichnen, welches von beiden durch das andere aufgehoben seyn solle, nach l. 14. D. de leg. I. (30.), das Geringere als geltend angenommen wird, oder, wenn Jemandem der fundus

---

34. 5., der richtigeren Meinung nach als wirkungslos zu betrachten, s. Gans im civilist. Archiv Bd. I. S. 461., Herrstorff das. Bd. I. S. 470., Klüpfel das. Bd. II. S. 83., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 250.

*) Z. B. unter dem Vermächtniß der Baarschaften sind nicht die ausstehenden Forderungen und Capitalien begriffen, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. S. 322. l. 27. §. 2. l. 34. pr. D. 34. 2. Wem ein Bauplatz vermacht ist, dem gehört auch das vom Erblasser nachher darauf gebaute Haus, Gebr. Overbeck a. a. O. Bd. X. S. 335. Das Vermächtniß: „was ich in Hamburg und Altona an Weinen hinterlassen werde,“ begreift nicht die vom Erblasser zwar bestellten aber noch nicht bezahlten und erst nach seinem Tod überlieferten Weine, welche er blos zu fordern hatte, aber noch nicht in sein Eigenthum übergegangen und an keinem der bezeichneten Orte befindlich waren, s. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Abth. I. no. 193.

Cornelianus vermacht ist, es befinden sich aber zwei fundi Corneliani und zwar von sehr verschiedenem Werth im Nachlaß, dem Legatar nur der geringere zuerkannt wird, wenn er nicht darthun kann, daß der größere gemeint sey, l. 39. §. 6. D. de leg. I. (30.) oder wenn Goldstücke im Allgemeinen vermacht sind, die geringeren als vermacht angenommen werden, wenn es weder aus der Gewohnheit des Hausvaters, noch aus der Gegend, aus welcher er gewesen ist, noch aus dem Inhalt des Testaments genauer zu entnehmen ist, l. 75. D. de leg. III. (32.)

Aber als allgemeine Regel kann das bekannte: in dubio quod minimum sequi oportet nicht für letztwillige Anordnungen gelten, denn es finden sich vielmehr von dem Grundsatz, daß ein actus liberalitatis auch im liberalen Sinn zu nehmen sey, l. 12. D. 50. 17.*) u. l. 24. D. 34. 5., die häufigsten Anwendungen auf Vermächtnisse in unseren Gesetzen, z. B. l. 3. §. 1. D. 33. 6., wo dem Legatar die Gefäße zugesprochen werden, welche beim Kauf in dubio nach l. 1. §. 3. D. 18. 6. nicht mit gefordert werden können, desgleichen l. 7. pr. D. 33. 6. — l. 6. l. 20. in f. l. 23. D. 33. 1. — l. 56. in f. D. 7. 1. — l. 4. pr. D. 34. 1. — l. ult. D. 7. 5. — l. 5. D. 34. 2. — l. 28. §. 3. D. 34. 3. — l. 12. D. 34. 5.

Ex natura rerum fließt die Entscheidung, welche wir in l. 34. §. 5. de leg. II. (31.) finden, daß aus dem Testament ein Heirathsgut von der Tochter nur einfach gefordert werden kann, oder in l. 34. D. de leg. I. (30.), daß eine bestimmte Sache, wenn sie Einem zweimal vermacht ist, doch nur einmal zu prästiren ist.

g) Schwieriger ist die Entscheidung, wenn einer Person in zwei verschiedenen letztwilligen Verordnungen doppelt legirt ist, z. B. entweder dieselbe Summe zweimal, oder einmal eine kleinere, das anderemal eine größere Summe.

α) Im ersten Fall weichen die Entscheidungen in l. 34. §. 3. D. (30.) und l. 12. D. 22. 3. von einander ab über die Frage: liegt, wenn, was freilich vor Allem geschehen muß, die eigentliche Willensmeinung des Testators sich nicht ausmitteln läßt, dem Legatar der Beweis ob, daß ihm das

---

*) In testamento plenius voluntates testantium interpretantur. Nach diesem Grundsatz entschied die Juristenfacultät einen in Geiger u. Glück's merkw. Rechtsfällen Bd. I. no. 2. erzählten Rechtsstreit gegen den Erben, welcher eine im Testament zwar nicht disertis verbis, aber implicite erlassene Schuld forderte.

doppelte gebühre, oder dem Erben, daß der Wille des Testators nur auf Ein und dasselbe gerichtet gewesen sey? — Die Glosse löst den Knoten in der Art: „wenn in demselben Testament ein Legat mehrmals vorkomme, so gelte es im Zweifel nur einmal, wenn in einem Testament und Codicill, doppelt." Eine gründliche Zusammenstellung aller einschlägigen Gesetzstellen von Schrader im civilist. Archiv Bd. XXXIII. no. 1. führt aber zu der Ueberzeugung, daß zwar in früheren Zeiten die römischen Rechtsgelehrten in ihren Ansichten getheilt waren, und die Ansicht Beifall fand, daß mehrere Legate im Zweifel mit einander gälten, später aber, gestützt auf ein Rescript des Ant. Pius, l. 34. §. 3. D. de leg. I. (30.) die entgegengesetzte Meinung, daß im Zweifel nur Eines gelte, durchaus die Oberhand erhielt.

β) Im anderen Fall, wenn Einer Person zu verschiedenen Summen legirt ist, herrschte in den Quellen vollkommene Uebereinstimmung darüber, daß nicht beide mit einander zu prästiren seyen. — l. 18. pr. D. 34. 1. entscheidet für die im Codicill späer bestimmte kleinere Summe; l. 53. pr. D. de leg. I. (30.) für die später bestimmte größere Summe, so daß die erstere in der letzteren enthalten sey. Dem steht l. 27. pr. D. de legat. III. (32.) nicht entgegen, weil da zweierlei Personen legirt war.

h) Wenn ein Testator sagt: er hinterlasse den Einwohnern des Dorfs X. 1000 Thlr., so sind hierdurch nicht die einzelnen Einwohner des Dorfs, sondern es ist damit die Dorfgemeinde bedacht, s. Archiv f. d. Civil= u. Criminalr. d. K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XIII. S. 27.

i) Ein Testator verordnete: „ich vermache dem A. mein Gut X. nebst allem Zubehör und Inventarien, wie alles nach meinem Absterben allda stehet und lieget." Zufällig waren bei seinem Tod sämmtliche Erntefrüchte des vorigen Jahres noch vorräthig. Waren nun diese dem Erben oder dem Legatar zuzuerkennen? Unter das Zubehör konnten sie wohl nicht gerechnet werden, weil sie blos der Aufbewahrung wegen da lagen, und ebenso= wenig zum Gutsinventar, fructus repositi enim sub instrumento fundi non continentur; l. 19. §. 1. D. 33. 7., allein der Te= stirer hatte doch gesagt: „wie alles daselbst stehet und lieget." Darin mußten wohl auch die Vorräthe begriffen werden, wie

G. L. Böhmer in d. auserlesenen Rechtsfällen Bd. III. Abth. I. S. 166. dafür hält.

k) Ein Erblasser hatte seine Ehefrau zur Erbin eingesetzt, mit dem Anhang: „jedoch soll gedachte meine Ehefrau und eingesetzte Universalerbin gehalten seyn, bei ihrem dereinstigen Ableben den gesammten Nachlaß meinen und ihren Geschwistern, oder dafern eines oder das andere vor ihr versterben sollte, deren Kindern dergestalt zu hinterlassen, daß sowohl meine als ihre Geschwister diesen Nachlaß nach ihrem Ableben erben, haben und bekommen sollen." Nun waren beim Ableben der Frau 4 Geschwister auf ihrer, und nur 2 auf des Mannes Seite vorhanden, es fragte sich daher: ob der Nachlaß in 2 Hälften oder unter sämmtliche Geschwister nach Köpfen zu vertheilen sey. Zwei Instanzen entschieden für das Erstere; sie erblickten nämlich auf beiden Seiten re et verbis conjuncti, somit 2 Einheiten, nam conjuncti *unius personae* potestate funguntur, l. 34. pr. D. de legat. I. (30.) und nach l. 13. pr. D. 28. 5. — l. 11. C. 6. 26. sollen die mehreren zu einer Person vereinigten Personen zusammen nur einen Theil erhalten, vergl. unten Kap. X. vom Accrescenzrecht der Legatare. Dagegen entschieden zwei folgende Instanzen für die Theilung nach Köpfen aus folgenden Gründen: Von der Regel des R. R., daß, wenn der Testator die Erbtheile nicht bestimmt hat, die eingesetzten Erben alle zu gleichen Theilen succediren, ist nur in dem Fall eine Ausnahme gemacht, wenn die Kinder einer bestimmten Person zusammen in dieser Eigenschaft zu Erben eingesetzt sind, indem diese dann zusammen nur Eine Portion erhalten. Nun hat der Testator seine Geschwister und die Geschwister seiner Frau nicht namentlich aufgeführt, er hat jedoch ebensowenig eine Gegenüberstellung und Trennung beider von einander ausgesprochen, vielmehr in einer und derselben Proposition die beiden bezeichneten Gesammtheiten ohne besondere Bestimmung der Erbtheile zu der Erbschaft nach dem Tode seiner Frau berufen. Das Subject ist hier nur Einmal mit dem gemeinschaftlichen Prädicat „Geschwister" bezeichnet. Der Gebrauch einer Collectivbenennung entscheidet übrigens noch nicht immer dafür, daß die darunter begriffenen Individuen nur Eine Portion erhalten sollen; l. 88. §. 6. D. de legat. II. (31.). — Erkenntn. d. O.=A.=G. in Dresden im Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle 1848. no. 40. S. 315.

Mehrere Fälle zweifelhafter Testamentsauslegung s. Gmelin u. Elsässer gemeinnützige jur. Beobacht. u. Rechtsfälle Bd. III. S. 22., Bd. V. S. 1. u. 202.

1) Eine Interpretationsregel der Testamente enthält l. 5. §. 2. l. 71. §. 6. D. de leg. I. (30.) — l. 30. §. 4. D. de leg. III. (32.) — l. 24. D. 33. 7. dahin, daß, wenn der Testator etwas den Worten nach ganz legirt hat, was ihm doch nur theilweise gehörte, vermuthet werden müsse, seine Absicht sey nicht weiter als auf so viel gegangen, als ihm an der Sache wirklich zustand. Könnte aber die Absicht, wirklich die ganze Sache zu vermachen, erwiesen werden, so müßte man allerdings sagen: praesumtio cedit veritati; s. Erk. d. O.=A.=G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. V. S. 45.

Wir führen hier noch folgende Fälle auf:

1) A. testirt also: meinen Schatz und altes Geld, mein Wohnhaus und Garten zu N. mit allen darin befindlichen Mobilien an Pretiosen, Schmuck, goldener Uhr und Dose, Silberwerk, Zinn, Kupfer, Messing 2c. legire ich der B. u. C. zu zwei gleichen Theilen. Den D. setze ich zu meinem Erben ein, dergestalt, daß derselbe sämmtliche von mir besessene Güter, mit allen auf den beiden Rittergütern Tusculum und Aesculetum vorhandenen Mobilien an Silber, Zinn, Kupfer, Messing 2c., Viehstand und überhaupt sämmtlichen bei den erwähnten Gütern befindlichen Inventarienstücken erb= und eigenthümlich erhalten soll. — Die Testatrix begab sich einige Wochen vor ihrem Tod auf das Rittergut Aesculetum, wohin sie verschiedenes Silberwerk aus ihrem Wohnhaus zu N. nebst ihrer ganzen Baarschaft von 600 Fl. mit sich nahm, wo es sich auch bei ihrem Ableben fand, dahingegen in ihrem Wohnhaus von einem Schatz außer 3 alten Thalern sich nichts vorgefunden hat. — Es fragt sich nun: ob die Baarschaft zu 600 Fl. und was sich an Silber auf dem Rittergut Aesculetum befunden hat, dem Haupterben oder den beiden Legatarinnen zuzuerkennen war?

Nach oben angeführter in l. 7. D. 34. 2. u. l. 41. §. 4. D. de leg. III. enthaltener Bestimmung, daß ein mit der Zeit sich verändernder Gegenstand so zu verstehen ist, wie er zur Zeit der Testamentserrichtung war, überhaupt nur auf den Status praesens zu sehen ist, l. 33. §. 1. D. de leg. III. konnte die Entscheidung nur dahin gehen: würden die Legatarinnen beweisen, daß die Erblasserin das von ihnen in Anspruch

genommene Silberwerk sammt baarem Geld nur zum vorübergehenden Gebrauch mit sich auf den Landsitz genommen, zur Zeit der Testamentserrichtung aber dasselbe in ihrem Wohnhaus gehabt habe, so sey ihnen solches nebst der vorhandenen Baarschaft,*) welche, da sonst nichts dergleichen erfindlich war, unter der Benennung Schatz verstanden werden müsse, von Rechtswegen zuzuerkennen, s. Gmelin und Elsässer gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. V. S. 1.

2) L. testirte bereits im Stand der Verlobung zum Besten seiner künftigen Gattin und zu hoffenden Kinder also: Meine Frau soll, so lange sie nicht wieder heirathet, den ganzen Genuß meines Vermögens haben, jedoch davon meinen Kindern, so lange sie in den Jahren der Minderjährigkeit sich befinden, den standesmäßigen Unterhalt reichen; wenn sie sich aber anderwärts wieder verheirathen würde, so soll sie dadurch der Hälfte der bisherigen Nutznießung unmittelbar verlustig seyn, sodann aber, wenn meine Kinder die Majorennität erreicht und eigene Oeconomie errichtet haben werden, soll meiner Ehefrau nur noch der dritte Theil der Nutzung meines Vermögens verbleiben. — Die Ehefrau wurde Wittwe, heirathete wieder und verlor also die Hälfte der Nutznießung; allein da ihr voriger Mann einen mit ihr erzeugten Sohn hinterlassen hatte, so nahm sie ein Kostgeld aus der andern Hälfte der Vermögensnutzungen klagbar in Anspruch, indem sie darlegte, daß ihr, wenn sie bei solcher Verminderung ihrer jährlichen Einkünfte noch die Alimentationskosten für ihren Sohn tragen müßte, kaum etwas für ihre Person übrig bleiben würde. — War nun nach den Worten oder nach der wahrscheinlichen Absicht des Testirers, während nirgend ein Grund vorhanden war, ein odium secundarum nuptiarum als Motiv der Disposition anzunehmen, für oder gegen die Klägerin zu entscheiden?

Die Entscheidung war allerdings schwierig. Wörtlich genommen, war, da der Frau die Nutznießung nur cum onere verschafft war, wie sie auch schon nach den Gesetzen den Vermögensgenuß nur cum onere in Anspruch hätte nehmen können,

*) Bei der Baarschaft bedurfte es des Beweises, daß sie auch zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden gewesen sey, nicht, weil diese als eine universitas zu betrachten ist, welche, als stetem Wechsel unterworfen, immer dasjenige in sich begreift, was zu der Zeit vorhanden ist, wo die Rechte darauf realisirt werden sollen, §. 18. J. 2. 20. — l. 22. D. de leg. I. (30.)

ihre auf die Hälfte reducirte Nutznießung eben so mit der Alimentationslast für die Kinder behaftet, wie zuvor die volle Nutzung. Auch konnte man vermuthen, der Testirer habe sich gedacht, wenn meine Frau wieder heirathet, so findet sie in ihrem zweiten Ehemanne schon ihren Versorger, und so kann durch die Hälfte der Nutznießung unbedenklich der Vermögensstand meiner Kinder verbessert werden. Demungeachtet wurde der Mutter ein Kostgeld aus der andern Hälfte der Nutzungen zuerkannt. Der Richter hatte nämlich den Grundsatz vor Augen, daß man bei Testamenten nicht auf die Worte, sondern auf den muthmaaßlichen Willen sehen müsse. Es ließ sich in der Periode, in welcher das Testament errichtet war, am wenigsten eine andere Gesinnung des Testirers gegen seine nachmalige Gattin annehmen, als daß auch sie neben den Kindern anständig versorgt seyn, nicht daß ihr der eigene Genuß durch die darauf gelegte Last ganz oder größtentheils erschöpft werden sollte, und wenn man die vom Testirer seiner Gattin auferlegte Sustentationsverbindlichkeit im gesetzlichen Sinn versteht, so besteht dieselbe rechtlich nur in so weit, als nicht das eigene Vermögen der Kinder dazu hinreicht. Wohl dürfte aber bei der quantitativen Bestimmung des Kostgelds darauf Rücksicht zu nehmen seyn, daß es nicht höher bemessen werde, als nöthig ist, um der Mutter noch $1/3$ der Nutzung frei zu lassen, als so viel ihr verbleiben sollte, wenn das onus alimentandi wegfiel. Gmelin und Elsässer a. a. O. Bd. V. S. 202. Einen ähnlichen Fall s. ob. Kap. III. §. 149. zu Fr. 3. vom modus. —

3) Tomson schließt mit der Amalie einen Ehe- und Erbvertrag. Beide hatten bereits Kinder aus früherer Ehe, und erzeugten auch aus dieser Ehe Kinder. Ihre Eheberedung lautete dahin: „wenn aus dieser Ehe Kinder erzeugt und mit Hinterlassung eines oder mehrerer derselben, entweder der Vater oder die Mutter zuerst dieses Zeitliche segnen würde, so sollen beiderseits zugebrachte und in aufsteigender Linie, nämlich von Eltern ererbte, auch während der Ehe errungene und gewonnene Mittel ein Gemeingut seyn und heißen und davon dem überlebenden Ehegatten neben seinen Kleinodien, Kleidern und Leibsangehörten der eine halbe, und des Verstorbenen in dieser sowohl als der vorigen Ehe erzeugten Kindern, neben seinen Kleidern, Kleinodien und Leibesangehörten, der andere halbe Theil gebühren. Da aber nach göttlichem Verhängniß der eine oder

andere beider Ehegatten in absteigender Linie, nämlich von Kindern etwas ererben thäte, so wird zwar ein solches während der Ehe gemeinsamlich genossen, nach Eines oder des Andern Absterben aber kömmt es auf denjenigen und folglich auf dessen Kinder, dem dieses Erbe zugefallen ist." Der Amalie fiel nun während dieser Ehe eine beträchtliche Intestat-Erbschaft von einem Oheim zu, und es entstand die Frage, ob diese Erbschaft auch zum gemeinen Gut oder zur gemeinschaftlichen Tomsonschen Nachlaßmasse gehöre, und also nach dem Tode beider Ehegatten unter sämmtliche aus den verschiedenen Ehen erzeugte Kinder zu vertheilen, oder blos den Kindern der Amalie zuzueignen sey?

Es muß hier voraus bemerkt werden, wie das Gesetz entschieden haben würde, wenn gar kein Ehe- und Erbvertrag vorhanden gewesen wäre. Nun sagt das Gesetz des Wohnorts: „wenn Eheleute ohne sonderbare Pacten oder Eheberedung in die Ehe zusammen kommen, sollen beiderseits in die Ehe gebracht, darinnen e r e r b t, gewonnen und errungene Güter gemein seyn und heißen, und davon kraft bisheriger Observanz dem Mann oder seinen Erben $^2/_3$ und den Frauen oder deren Erben $^1/_3$ zugehören, wobei einem Jeden seine Kleider und Leibesangehörten vorausgebühren." Das pactum successorium wich hiervon in zweifacher Hinsicht ab: einmal indem es nicht alles ererbte Gut ohne Unterschied in die Gemeinschaft zog, dann, indem es das gemeine Gut nicht nach Drittheilen, sondern nach der Hälfte in Theilung bringen ließ. Es kam daher zunächst in Frage: ob durch den Erbvertrag das Collateralerbe von der Commun ausgeschlossen oder als einer speciellen Bestimmung ermangelnd der dispositio legis zu unterwerfen, mithin nach $^1/_3$ und $^2/_3$ zu vertheilen sey?

Dafür, daß die Collateralerbschaft als ein ausschließendes Gut der Amalie anzusehen sey, scheinen folgende Gründe zu entscheiden:

aa) die Worte der beiderseitigen Disposition geben nur dem von Ascendenten herkommenden Vermögen die Eigenschaft eines gemeinen Guts, womit also die Collateralerbschaft ausgeschlossen scheint;

bb) da schon die Erbschaften von Kindern nach dem ausdrücklichen Inhalt der Disposition nicht in das Gemeingut fallen sollten, so sey um so weniger eine andere Intention im Betreff der Collateralerbschaften zu vermuthen, denn, wenn die

Paciscenten hier die entgegengesetzte Intention gehabt hätten, so würden sie doch gewiß eine solche Disposition über Collateralerbanfälle sogleich mit jenen über Erbschaften von Ascendenten verbunden haben; da sie dies aber nicht gethan, gleichwohl aber ausdrücklich bestimmt haben, was Gemeingut seyn soll, so sey die natürliche Folge, daß alles das, was sie nicht dazu bestimmt haben, auch nicht Gemeingut werden solle;

cc) auch kann die Collateralerbschaft nicht unter denen im Ehe- und Erbvertrag für Gemeingut bestimmten errungenen und gewonnenen Mitteln begriffen werden, weil der rechtliche Begriff von Errungenschaften und Gewinnung nur das Product des Vermögens und des angewandten Fleißes, nicht aber Stammvermögen und Erbschaften in sich faßt.

Die Entscheidung ging jedoch dahin, es folge daraus, daß über den Collateralerbfall nichts disponirt war, nicht, daß er von der Gemeinschaft gänzlich ausgeschlossen sey, sondern nur, daß es der gesetzlichen Disposition anheim falle, nach welcher dieses Erbe gleichwohl Gemeingut wird, und nur das Theilungsverhältniß ein anderes ist, als jenes des Erbvertrags. — Daraus, daß gerade nur in Ansehung der Erbanfälle von Descendenten die Gemeinschaft ausgeschlossen wurde, schien sich zu bestätigen, daß die Paciscenten in Ansehung aller übrigen Fälle eine Ausschließung nicht beabsichtigt hatten, denn außerdem war diese Bestimmung ganz überflüssig, weil auch ohne dieselbe die Erbschaft von den Kindern der verschiedenen Ehen nothwendig auf den kommen mußte, welchem das Erbe anfiel, und der Genuß während der Ehe gemeinschaftlich werden mußte, Gmelin und Elsässer gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsf. Th. III. S. 22.

m) Die Frage: ob in einer letzwilligen Anordnung der Ausdruck „Kinder" auch die Kindeskinder in sich begreife, ist häufig bestritten. Bekanntlich sagt l. 48. D. 24. 3. — l. 1. C. 6. 46. — l. 201. und 220. §. 1. de V. S. (50. 16.) liberorum appellatione nepotes et pronepotes, ceterique qui ex his descendunt continentur, und der Grund ist mit Bezug auf das Zwölftafelgesetz dahin beigefügt, daß derjenige, welcher nicht die Descendenten überhaupt begünstigen, sondern nur bestimmte Verwandtschaftsgrade berücksichtigen will, diese Grade bestimmt angeben müsse. — Obgleich nun der deutsche Sprachgebrauch zwischen Kindern und Kindeskindern unterscheidet, so ist doch

das römische Gesetz immer, obwohl nicht ganz ohne Einschränkung, in Anwendung geblieben. Seuffert's Archiv IX. S. 237. XIII. No. 103. Im Verhältniß zwischen Ascendenten und Descendenten wird es durch den Präsumtivwillen so sehr unterstützt, daß da der wenigste Streit unter den Rechtsgelehrten obwaltet. Zweifelhafter aber ist es, wenn die Frage in der Seitenverwandtschaft entsteht. Z. B. A. vererbt oder legirt seiner Schwester Kindern; sind da auch die Kindeskinder mit verstanden, wenn die Kinder vorverstorben sind? In einem solchen Fall entschied das O.-A.-G. zu Lübeck, s. Seuffert's Archiv Bd. IV. S. 212. zum Nachtheil der Kindeskinder, indem es dem gewöhnlichen deutschen Sprachgebrauch folgte, welchem auch in der juristischen Kunstsprache, beispielsweise bei Privilegien (s. Bd. I. §. 13. S. 161. zu Fr. 7.) und auch in fideicommissarischen Anordnungen (s. unten Kap. XIV. zu Fr. 9.) Geltung eingeräumt wird.

Am zweifelhaftesten ist es bei Verträgen unter Lebenden. In diesem Falle kann wohl nicht von dem stricten Wortverstand abgegangen werden, wenn nicht ein anderer Sinn aus dem Zusammenhange hervorgeht; Gottschalk Disc. for. Vol. III. S. 52. In letztwilligen Verfügungen aber, insbesondere Fideicommissen, ist wenigstens in Sachsen der Gerichtsbrauch entschieden dafür, daß, so oft es zum Vortheil der Kindeskinder gereicht, in der Seitenverwandtschaft eben so wie in der geraden Linie sie gleichfalls in der Berufung der Kinder inbegriffen angenommen werden, s. Gottschalk l. c. und wenn es gleich de jure communi an Dissentienten nicht fehlt, s. Rivinus Prog. num sub fratrum liberis sororum quoque liberi comprehendantur. Lips. 1746., Voet Comm. in Pand. Lib. 36. tit. 1. §. 22., Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. obs. IV. u. A., so ist doch die vom sächsischen Gerichtsbrauch adoptirte Meinung auch von Lehrern des gemeinen Rechts häufig dermaaßen unterstützt, daß zwar nicht in odiosis (denn da werden die Grade wohl unterschieden, s. l. 44. pr. D. 23. 2. und ist vielmehr angenommen, daß nicht durch bloße Interpretation ein Nachtheil über diejenigen verhängt werden dürfe, deren Wohl das Gesetz im Auge hat, l. 25. D. 1. 3. — l. 6. C. 1. 14.), jedoch in favorabilibus auch die Kindeskinder inbegriffen werden, s. Zangen Samml. einiger prakt. Rechtserörter. Med. VII. pag. 93., Böhmer auserlesene Rechtsfälle T. I. P. II. Resp. 77., Püttmann

Adversaria jur. univ. Lib. II. cap. 5. pag. 66., Hommel Rhaps. obs. 563., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. th. 35., v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 228., Strippelmann neue Samml. bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel Bd. I. S. 201. — Die Ausdehnung auf Enkel wird besonders nicht bezweifelt, wenn der Ausdruck „Leibeserben" gebraucht ist, s. Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. II. no. 53., Philoparch Thl. III. S. 422., Schilter Praxis J. R. G. Ex. 3. §. 14., Wiesand jurist Handb. s. v. Erbr. — In v. Berg jurist. Beobachtungen. Th. I. S. 123. findet sich folgender Fall entschieden. A. setzte seine vier Kinder zu Erben in gleichen Theilen ein, mit der weiteren Bestimmung, daß, wenn eines von ihnen ohne Leibeserben stürbe, sein Erbtheil den übrigbleibenden Geschwistern zu mehrerer Sustentation überlassen werden solle. Eines der Geschwister starb in der Folge mit Hinterlassung eines nach dem Tod des Testators geborenen Sohnes, dessen Vormund nun $1/3$ des fideicommissarischen Vermögens in Anspruch nahm indem unter dem Ausdruck: Geschwister, die Kinder des Erblassers und folglich auch Kindeskinder verstanden seyen. Allein der Testirer hatte an ein auf alle seine Descendenten sich erstreckendes Fideicommiß offenbar nicht gedacht, sondern blos für den besseren Unterhalt seiner nächsten Descendenten sorgen wollen. Fideicommissarische Dispositionen von namentlich ausgedrückten Personen auf Andere auszudehnen, ist nicht zulässig, l. 38. §. 2. D. de leg. III. (32.) — l. 69. pr. eod., daher der Vormund abzuweisen war.

n) Sind in der letztwilligen Berufung einer Person oder ihrer Erben auch die Leibeserben begriffen? — Ein Erk. d. O.-A.-G. zu Lübeck, s. Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 85. will zwar in jedem Fall auf den Zusammenhang, in welchem der Ausdruck vorkommt, und auf die sonstigen Umstände gesehen wissen, aus denen sich die Meinung erkennen läßt, welche bei dem Gebrauch des Worts stattgefunden hat, welchem der Sprachgebrauch eben so wohl die weitere Bedeutung — etiam per multas successiones nach l. 70. pr. D. 50. 16. — als die engere auf die unmittelbaren Nachfolger beschränkte Bedeutung beigelegt hat, abstrahirt aber aus den die einschlagenden Fälle betreffenden gesetzlichen Bestimmungen die Regel: daß da, wo in einer letztwilligen Disposition die Rede ist „von Erben" in

Beziehung auf Personen, die dieses Prädicat nicht unmittelbar durch diese Disposition selbst — durch die darin enthaltene heredis institutio — erhalten, und wo daher die Anwendbarkeit des Ausdrucks zunächst nicht dependirt von der Succession in den Nachlaß des disponirenden Erblassers, sondern von der Succession in den Nachlaß eines Dritten — sey dies der von jenem direct instituirte Erbe selbst, oder ein Legatar, oder wer sonst, — die Benennung „Erben" immer in der weiteren Bedeutung, wo sie auch die Erbeserben unter sich begreift, zu verstehen sey, dafern nicht dieselbe durch eine hinzugefügte nähere Bestimmung oder andere Gründe beschränkt ist. [Vergl. Seuffert's Archiv VIII. No. 158. Ueber den Ausdruck „nächste Verwandte" s. ebendas. X. No. 269. und XII. No. 242.]

§. 169.

II. Von der Ungiltigkeit der Testamente.

Inst. II. 17. quibus modis testamenta infirmantur. Dig. XXVIII. 3. de injusto, rupto, irrito facto testamento. Dig. XXVIII. 4. de his, quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur.*)

A) Testamentum nullum s. injustum.

Unter einem testam. nullum s. injustum wird bekanntlich ein solches verstanden, dem es schon ursprünglich an einem formellen oder materiellen gesetzlichen Erfordernisse fehlt, oder bei welchem die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften **) verletzt sind, wobei vor

---

*) Hierbei ist sich an die Schrift auf mit Wachs überzogenen Tafeln zu erinnern, wo das Niedergeschriebene entweder mit der Spitze des Griffels wieder ausgestrichen wurde (delere) oder mit dem umgekehrten oder breiten Ende desselben überstrichen wurde (inducere) und da man das überstrichene Wachs nun wieder von neuem beschreiben konnte, so ist hieraus das inscribere oder superscribere zu erklären; Mühlenbruch Thl. XXXIX. S. 81.

**) Ist eine solche verletzt, welche nur das Recht bestimmter Personen betrifft, so kommt der Unterschied in Betracht, ob ein Recht ipso jure oder ope exceptionis verloren geht. Im letzteren Fall tritt statt Nullität Rescission ein, welche dann consequent auch nicht zugleich die Legate und andere Nebenbestimmungen des Testaments hinfällig macht. — Das von einem der Intestaterben erfochtene Nichtigkeits-Erkenntniß kommt auch den übrigen Intestaterben zu Gute, der vacant gewordene Erbschaftsantheil accrescirt ihnen eo ipso, wofern sie das Testament nicht ausdrücklich anerkannt haben, s. v. Hohnhorst Jahrbücher d. Großherzogl. Badischen Oberhofgerichts Bd. III. S. 297.

nämlich die Regel zu beachten ist, daß ein Testament, welches bei seiner Errichtung nicht rite oder jure factum war, es auch dann nicht werden kann, wenn in der Folge die dortmaligen Gründe der Ungiltigkeit wegfallen, vielmehr dasselbe nicht allein in Ansehung der Erbeinsetzung, sondern auch der Legate, Substitutionen und anderer Bestimmungen ipso jure wirkungslos bleibt. v. Keller Pand. §. 492.

Es fragt sich jedoch

1) ob auch jeder unbedeutende Mangel, z. B. des Siegels neben einer Unterschrift und dergleichen, das ganze Testament ungiltig macht? ferner
2) wenn der Fehler in einer mangelhaften Willenserklärung liegt, welche den letzten Willen ungewiß macht, kann der Testator durch eine nachträgliche Erklärung, ohne die Testamentssolennitäten zu wiederholen, der Undeutlichkeit und Unbestimmtheit abhelfen?
3) Machen Durchstreichungen und Correctionen auch den letzten Willen ungiltig?
4) Werden auch Vermächtnisse ad pias causas in einem ungiltigen Testament hinfällig?
5) Kann eine ungiltige letztwillige Disposition durch Anerkennung der Intestaterben oder eines durch ein anderes giltiges Testament berufenen Erben convalesciren, so daß derjenige dann doch als Erbe gilt, welcher ex testamento injusto hervorgegangen ist?
6) Unter welchen Bedingungen kann derjenige, welcher ein Testament anerkannt hat, dieses später selbst noch anfechten und dagegen sein Instetaterbrecht oder Rechte aus einem anderen Testament des Erblassers geltend machen? und inwiefern kann er dies noch behaupten, wenn das von ihm anerkannte Testament von Andern umgestoßen wird?
7) Verliert derjenige, welcher ein Testament als ungiltig, oder als lieblos, oder als verfälscht angegriffen hat, aber im Streit unterlegen ist, dadurch das ihm in diesem Testament verschaffte Legat?

Zu 1) Wohl halten manche Rechtslehrer dafür, daß der Richter Kleinigkeiten wohl nachsehen könne, indem l. 183. D. 50. 17. sagt: etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas

5) Wenn das Testament entweder bei dem Testirer selbst, oder bei einem Andern, der es in Verwahrung hatte, zerrissen gefunden wird, wem liegt der Beweis darüber ob, wenn die Frage entsteht, ob es vom Testator selbst, oder durch einen Zufall oder von einem Andern ohne Auftrag geschehen sey?
6) In welchem Fall wird ein vollständiges Testament sogar durch ein späteres unvollkommenes aufgehoben?
7) Lebt das rumpirte Testament wieder auf, wenn der postumus, welcher es rumpirt hat, noch vor dem Testator gestorben ist, oder wenn der Testator das zweite Testament, durch welches das erste rumpirt worden ist, wieder vernichtet hat, oder wenn bei dem im zweiten Testament unter einer conditio de futuro eingesetzten Erben die Bedingung nicht verwirklicht worden ist?
8) Kann die in einem Testament enthaltene Erbeinsetzung durch deren in einem Codicill erfolgten Widerruf aufgehoben werden?
9) Kann der Widerruf der Erbeinsetzung oder eines Legats auch aus bloßen Thatsachen gefolgert werden?
10) Haben auch privilegirte Testamente vis rumpendi?
11) Ist ein öffentliches Testament für widerrufen zu achten, wenn der Testirer sich dasselbe aus dem gerichtlichen Asservatorio zurückgeben ließ?

Zu 1) Daß eine im Testament niedergelegte Versicherung, dasselbe nicht ändern zu wollen, selbst wenn sie eidlich bekräftigt wäre, den Testator nicht binde, ist wohl unzweifelhaft anzunehmen; s. Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 190. Wenn aber der Testator sich einer bestimmten Person gegenüber verpflichtet hat, seine Disposition nicht ändern zu wollen (s. oben Kap. III. §. 156. zu Fr. 1.), so pflegen Manche dies schlechthin für eine vertragsmäßige, und daher da, wo nach deutschem Recht Erbverträge gelten, wirksame Verpflichtung anzusehen; s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 471. (419.), Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 350., Mühlenbruch a. a. O. S. 209.

Da es aber immer bedenklich bleibt, das Recht der Testamente mit dem Recht der Verträge zu vermengen und jene nicht nach ihren eigenthümlichen Vorschriften zu behandeln, s. Madihn Miscellen

Bd. I. S. 135., so wird wenigstens die bestimmteste Fassung erfordert, um die Vertragsnatur annehmen zu dürfen. Vergl. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 711.

Zu 2) Die röm. Gesetze scheinen hierüber ganz einander entgegengesetzte Entscheidungen zu enthalten, zu deren Auslegung fünferlei Versuche aufgezählt werden, s. Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 203. Einmal heißt es: der Wille des Testators bestimmt, was von dem im Testament Geschriebenen gelten soll, und bei Vermächtnissen gilt das zuletzt Niedergeschriebene, l. 12. §. 3. l. 14. pr. D. de leg. I. (30.); nur dann gilt das früher Geschriebene, wenn der Testator sagte: was ich dem N. weiter unten vermachen werde, das vermache ich ihm nicht. Sollte dann doch das später Geschriebene gelten, so müßte, um den Grundsatz anwendbar zu machen, nemo sibi ipse legem dicere potest, ut a priore voluntate recedere non liceat, eine ausdrückliche Erklärung des Testators vorliegen, daß er seinen früheren Willen bereuet habe; l. 22. pr. D. de leg. III. (32.) Diese Gesetzstellen handeln aber nur von dem Fall, wo in einem und demselben Testament Bestimmungen vorkommen, von welchen die eine durch die andere aufgehoben wird, oder eine mehr oder weniger gibt als die andere. Dagegen wird bei verschiedenen Willenshandlungen, welche in verschiedene Perioden fallen, unbedingt die letzte vorgezogen, daher, wenn der Testator die sich vorbehaltenen Codicille nur mit einer Beschränkung bestätigt hat, welche er hinterher doch nicht beobachtete, so sollen sie, wenn nur ihre Aechtheit nicht zu bezweifeln ist, dennoch gelten: licet in confirmatione codicillorum pater familias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti fuerint; nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant. l. 6. §. 2. D. 29. 7. — l. ult. pr. D. de leg. II. (31.)*) Sämmtliche Gesetzesstellen vereinigen sich in dem Satz: die spätere Willensäußerung hebt in der Regel die frühere auf, aber auch die spätere Willenshandlung derogirt der früheren Willensbestimmung.

---

*) Diese Gesetzstelle ist jedoch nicht anwendbar, wenn nicht in einem vorher errichteten Testament, sondern in dem codicillarischen Aufsatz selbst der Testator sich darauf bezogen hat, daß er zwei Zeugen um ihre Mitunterschrift und Sieglung ersucht habe, und dieses nicht erfolgt ist; denn da ist seiner erklärten Absicht nach die Disposition unvollzogen geblieben, besonders wenn nun auch das Datum offen geblieben ist; s. Pütter in Thon's gesammelten Rechtsfällen S. 50.

ad pias causas die Zuziehung von 2 Zeugen erforderlich achten, können freilich auch ein Legat zu frommen Zwecken nur unter dieser Bedingung als giltig erkennen, s. Mühlenbruch bei Glück a. a. O. S. 128., dagegen die, wie oben Kap. III. §. 158. zu Fr. 1. bemerkt wurde, in Praxi vorherrschende Meinung lediglich auf Gewißheit des Willens und nicht auf Form hierbei sieht.

Zu 5) Die Beurtheilung dieser Frage, welche sehr wichtig ist, weil Gläubigern und anderen Betheiligten gar viel auf die Gewißheit ankommt, wer wahrer Erbe sey, und an wen sie sich folglich zu halten haben, führt auf den bedeutenden Unterschied zwischen testamentum nullum und rescissibile.*)

Ein rescissibler letzter Wille bleibt bei Kräften, wenn er nicht (z. B. von betheiligten Notherben) rescindirt wird, ein nichtiger aber kann, als in jure nicht existirend, gar nicht wirksam werden, und unmöglich convalesciren, denn l. 210. D. 50. 17. sagt: quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest. Die testamentifactio ist juris publici, und mithin auch dem Grundsatz unterworfen: jus publicum pactis privatorum immutari nequit. Daher sagt l. 5. pr. D. 34. 9.: post legatum acceptum, non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere etc.

Umgekehrt gilt dasselbe von dem, der sich als Intestaterbe der Erbschaft annimmt, meinend, es sey kein Testament vorhanden. Ist nämlich ein giltiges Testament da, in welchem er als Erbe ernannt ist, so wird ihm Alles, was er vor dessen Vorlage gethan hat, nicht als Intestat= sondern als Testamentserben zugerechnet, s. l. 22. D. 29. 2. verb. scire debet, qua ex causa etc.

Wenn nun Niemand de jure aus einem ungiltigen Testament wirklich Erbe werden kann, er aber doch durch die Anerkennung von Seite des eigentlich Berechtigten die Erbschaft de facto erhält, so kann nur angenommen werden, daß der Intestaterbe sein Recht durch Verzicht auf den Andern überträgt, mithin veräußert, wodurch er selbst aber nicht aufhört, insbesondere den Gläubigern gegenüber, als Erbe zu gelten, oder daß er einfach repudiirt, wodurch aber der Testamentserbe doch wieder nicht Erbe wird, sondern nur den folgenden Intestat-

*) Nullum: wegen mangelnder testabilitas activa, oder wegen Mängeln an Solennien, oder an den Erforderniſſen des wesentlichen Inhalts, oder wegen Nichtvollendung; rescissibile: wenn das ganze Testament oder die Erbeinsetzung durch Zwang hervorgebracht ist, ferner wenn die bonorum possessio contra tabulas oder die qu. inofficiosi begründet ist, s. Puchta Pand. §. 483., Arndts Pand. §. 503. Anm.

erben die Erbschaft eröffnet wird. Im ersteren Fall, wenn der durch ein ungiltiges Testament berufene Erbe durch einen von den Intestaterben geleisteten Verzicht, also durch Uebertragung des eigentlich den Letzteren gebührenden Erbrechts Erbe wird, fragt es sich nur, was dann wegen der Legate Rechtens sey? Es scheint, daß diese hinwegfallen müßten, denn aus dem Testament können sie nicht gefordert werden, weil dieses durch Anerkennung nicht giltig wird, und aus dem Recht, welches von dem Intestaterben auf den durch Testament berufenen Erben übertragen wird, eben so wenig, wie sich von selbst versteht. Da aber die verzichtweise Anerkennung des Testaments von Seite des Intestaterben im Zweifel den Willen involvirt, daß die Verordnungen des Erblassers in allen Punkten zur Vollziehung kommen sollen, so müssen sie dann wohl wie eine auf dem Nachlaß haftende Schuld geltend gemacht werden können. Hätte aber der Intestaterbe speciell erklärt, daß er nur zum Besten des Testamentserben verzichte, und diesem sein ganzes Recht übertragen wolle, so würden die Legatare nichts bekommen, wofern sie nicht beweisen könnten, daß das Testament ein zu Recht beständiges sey, s. Mühlenbruch a. a. O. Thl. XXXVIII. S. 138. not. 17. Es ist aber noch ein dritter und zwar der gewöhnliche Fall in Betracht zu ziehen, wenn nämlich ein Streit über ein als ungiltig behauptetes Testament zwischen den Testaments- und Intestaterben verglichen wird. An wen haben sich in diesem Fall die Erbschaftsgläubiger zu halten?

Hier scheinen zwei Gesetzesstellen einander zu widerstreiten; l. 3. pr. D. 2. 15. sagt: da das Testament in diesem Fall nicht rescindirt wird, so habe sich der Testamentserbe wegen der Erbschaftslasten vorzusehen, denn an ihn hätten sich immerhin die Gläubiger und Legatare zu halten. Die l. 14. D. 2. 15. aber entscheidet: da die Succession hier in Ungewißheit bleibe, so sey Jeder auf den im Vergleich ihm bestimmten Theil zu belangen. Ueber die vielfachen Erklärungs- und Vereinigungsversuche dieser beiden Stellen s. Mühlenbruch a. a. O. S. 155. Die einfachste und natürlichste Erklärung ist gewiß die des A. Faber Rational. ad Pand. Lib. 28. tit. 3., welche v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 457. annimmt und zur Evidenz erhebt. Die l. 3. cit. spricht nämlich ausdrücklich von einem rescissiblen Testament, und da ist es denn ganz natürlich, daß der Testamentserbe, wenn er sich, sey es auch durch Vergleich, in seiner Eigenschaft behauptet, und so die Rescission abgewendet hat, auch allen erbschaftlichen Verbindlichkeiten unterworfen bleibt. So sagt auch l. 29. §. 2. D. 5..2., wenn sich der Querulant mit dem Testamentserben vergleicht: tamen testa-

mentum in suo jure manet, et ideo datae in eo libertates atque legata — suam habent potestatem. Hier ist keine Ungewißheit darüber, wer Erbe sey. Eine solche Ungewißheit kann nur entstehen, wenn der Streit über ein nichtiges Testament unentschieden bleibt, indem sich der Intestat- und der Testamentserbe vergleichen, daher die l. 14. cit. nur von diesem Fall verstanden werden kann. Aber eben wegen dieser objectiven Unentschiedenheit ist es wohl am natürlichsten, daß die Transigenten der unter sich angenommenen Norm auch gegen Dritte zu unterwerfen seyen, ausgenommen, wenn einer oder der andere Transigent gegen eine Abfindung seinem etwaigen Recht entsagt. Die Frage scheint übrigens mehr für Legatare von Wichtigkeit, welchen nur eine Klage gegen den Erben ex testamento zusteht, während Gläubiger sich schlechthin an jeden Besitzer der Erbschaft halten können.

Zu 6) Auch hier wird der Unterschied zwischen einem nichtigen und einem rescissiblen Testament bedeutsam:

a) daß dem zur Rescission Berechtigten kein Rückgriff mehr möglich sey, wenn er auf irgend eine Weise das unförmliche Testament anerkannt hat, leuchtet von selbst ein, l. 95. D. 29. 2. recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis, und ist klar ausgesprochen in l. 23. §. 1. l. 31. §. 4. l. 32. D. 5. 2. — l. 3. §. 10. 15. 16. l. 14. pr. l. 15. D. 37. 4., insbesondere l. 5. pr. D. 34. 9. post legatum acceptum — *inofficiosum* dicere (testamentum) non permittitur. — l. 8. C. Th. de codicillis: si quis agnoverit defuncti voluntatem, de inofficioso agere prohibetur.

Eine Ausnahme findet sich nur in l. 12. §. 2. D. 5. 2. Ein Enterbter forderte das ihm wirklich hinterlassene Vermächtniß; es findet sich aber, daß dieses vom Erblasser später widerrufen ist. Da er nur unter bestimmter Voraussetzung das ihm nachtheilige Testament anerkannt hatte, so wurde er demungeachtet zur qu. inofficiosi noch zugelassen, denn — heißt es — est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, — ut merito repellendus non sit. Dasselbe wäre daher auch anzunehmen, wenn der Testirer ihn niemals in Kenntniß von seinem Verwandtschaftsverhältniß gesetzt hätte, s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 455., Thl. XXXVIII. S. 140.

b) Dahingegen wird man durch eine geschehene Anerkennung eigentlich nicht verhindert, ein nichtiges Testament noch anzufechten; l. 3. D. 48. 10. — l. 5. pr. D. 34. 9. post legatum acceptum

non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere, doch darf derjenige, welcher so in sich selbst widersprechend handelt, keiner Gefährde sich schuldig gemacht haben; es heißt nämlich l. 5. cit. §. 1. weiter: ipso jure petere hereditatem poterunt; an autem prohibendi sint, vel non, ex cujusque persona, conditione, aetate, causa cognita, a judice statuendum erit, und in l. 43. D. 5. 3. imperator Antoninus rescripsit ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, *scilicet si manifesta calumnia sit.*

Ueber die verschiedenen Erklärungsarten der einschlägigen Gesetze s. Francke im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 177., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVIII. S. 140. Als unzweifelhaft dürfte angenommen werden, daß eine aus Unkenntniß der Thatsachen geschehene Anerkennung nicht schadet; z. B. wer als Intestaterbe repudiirt, während er nicht weiß, daß er durch Testament berufen war, kann immer noch aus jedem Grunde später antreten; s. l. 17. §. 1. D. 29. 2. ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentarium, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata. Es kann aber noch weiter behauptet werden, daß es auf einen Unterschied zwischen Rechtsirrthum und Irrthum in Thatsachen hier nicht geradezu ankommt. Ein vom Anfang an nichtiges Testament kann nämlich durch die bloße Anerkennung unmöglich zu einem giltigen werden, sondern nur durch die in einer wissentlichen Anerkennung liegende Verzichtleistung kann die Querel ausgeschlossen werden. Das Wissen wird ja aber durch Unwissenheit und Irrthum in jure eben so wohl als in facto ausgeschlossen. Daher kann derjenige, welcher ein Testament, weil er es für giltig hielt, anerkannte, sein Recht gegen dasselbe nicht verlieren; l. 8. D. 5. 3. — l. 19. D. 5. 2. — l. 79. D. de legat. II. (31.)*), Francke Recht der Notherben S. 254. Es kann übrigens Fälle geben, wo von einem Rechtsirrthum gar nicht die Rede seyn kann, indem demjenigen, welcher die Thatsachen kennt, von welchen die Nichtigkeit des Testaments abhängt, diese Nichtigkeit unmöglich unbekannt seyn kann, indem z. B. jedermann weiß, daß ein untergeschobenes Testament nicht gilt, oder daß ein Testament, welches gar keine äußere Form hat, angefochten werden kann; und in zweifelhaften Fällen kann viel von der Persönlichkeit

---

*) Daß l. 97. D. 29. 2. nicht entgegensteht, s. Francke im civil. Archiv Bd. XIX. S. 202.

des Klägers abhängen, ob er der Rechte kundig ist, oder nicht. Hiernach erklärt sich die vorhin citirte l. 5. §. 1. D. 34. 9. ex cujusque persona, conditione — statuendum erit., s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 929.

Zu 7) Die l. 5. D. 34. 9. unterscheidet folgende Fälle:

a) Hat der Kläger das Testament als non jure factum impugnirt, so verliert er, auch wenn er abgewiesen wird, dadurch nicht, was ihm im Testament ausgesetzt ist, cf. l. 24. D. eod.

b) Von dem, welcher das Testament eines falsum beschuldigt, ist dagegen leg. cit. gesagt: er müsse verlieren, was er aus dem Testament erhalten hat, cf. l. 8. C. 6. 35. und dasselbe gilt

c) als Strafe gegen denjenigen, welcher das Testament ohne Grund als lieblos angefochten hat; l. 8. §. 14. D. 5. 2. — l. 5. pr. §. 3—9. l. 22. D. 34. 9.

---

§. 170.

B) Testam. irritum factum.

1) Da die Giltigkeit eines Testaments davon abhängt, daß derjenige, welcher dasselbe errichtet, die Testirfähigkeit*) gehabt habe, so kann auch deren erlittener Verlust ein vorher errichtetes Testament wirkungslos machen. Daß die capitis diminutio minima noch heut zu Tage so wirke, wie es das R. R. bestimmt hat, ist unbestritten, s. Höpfner Instit. §. 520. not. 2. Zweifelhaft aber ist es, ob die nach R. R. mit einer Capitalstrafe verbundene capitis diminutio maxima h. z. T. anwendbar sey.

Manche Rechtsgelehrte halten sie nicht für anwendbar, denn sowie durch die Nov. 22. c. 8. die servitus poenae, so sey durch die Nov. 134. c. 13. mit der Vermögensconfiscation auch die Ursache derselben, die capitis diminutio aufgehoben worden; Cocceji jus controv. P. II. Lib. 28. tit. 1. qu. 1., Puchta Pand. §. 463. Dagegen Glück Thl. XXXIV. S. 93. und theilweise nach ihm Mühlenbruch ebd. Thl. XXXIX. S. 37. behaupten, die Dispositionsunfähigkeit des Verurtheilten sey auch von Justinian nicht mit der servitus poenae

*) Vgl. oben Kap. III. §. 143. zu Fr. 1. Hier ist blos von derjenigen Testirunfähigkeit die Rede, welcher die Vernichtung der bürgerlichen Rechtsfähigkeit als Princip zum Grunde liegt.

eo ipso **aufgehoben.** Allein die C. C. C. Art. 135. und 218. hat, wie Wächter im civilist. Archiv Bd. XVII. no. 14. bemerkt, die stillschweigenden Vermögensconfiscationen aufgehoben, übrigens würde aus einer erlittenen Vermögensconfiscation ja gar nicht die Testirunfähigkeit über nachherigen Erwerb folgen. Jede Ungewißheit fällt übrigens weg, wenn, wie im Baier. Strafgesetzb. Th. I. Art. 5. und 7. mit der Verwirkung einer gewissen Strafe, namentlich mit der Todesstrafe die Testirunfähigkeit, mit der Kettenstrafe der bürgerliche Tod ausdrücklich verbunden ist.

2) Gelangt ein solches Testament, wenn sich in der Folge die Testirunfähigkeit wieder aufgehoben hat, durch jedwede Erklärung des Testators über seinen fortdauernden Willen zu rechtlicher Wirksamkeit?

Schweppe röm. Privatrecht B. V. §. 822. bejaht diese Frage schlechthin, allein die l. 11. §. 2. D. 37. 11. erfordert hierzu ein Codicill, oder wenigstens eine schriftliche Verfügung; s. Marezoll im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 264. und dies ist auch, ungeachtet Manche die Frage sogar ohne Unterschied verneinen, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 458. als die herrschende Meinung, bezüglich l. 11. §. 2. D. 37. 11. anzuerkennen, s. Puchta Pand. §. 462., Sintenis Civilr. Bd. III. S. 474. not. 6., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 975.

[Ueber Infirmation eines Testaments durch spätere Begebnisse s. Seuffert's Archiv IX. No. 184.]

§. 171.

C) Testamentum destitutum.

1) Dieser Fall kann entweder dadurch eintreten, daß der eingesetzte Erbe nicht fähig ist, die Erbschaft zu erwerben, oder daß er, was jedoch nicht vor der Delation, mithin bei einer bedingten Einsetzung nicht vor eingetretener Bedingung giltig geschehen kann, l. 13. pr. D. 29. 2. — l. 4. C. 6. 31., dieselbe repudiirt, und für einen oder den anderen Fall durch eine Substitution Fürsorge getroffen ist. Die rechtliche Folge wird insgemein dahin angenommen, daß es dann zur reinen Intestaterbfolge kommt.*) Gleichwohl ist es noch

*) Dies kann auch dann zuweilen der Fall seyn, wenn die im Testament Eingesetzten auch ab intestato erbberechtigt sind, und die Intestaterbschaft vorziehen. Denn die Nov. 1. steht nur insofern entgegen, daß auf solche Art

bestritten, ob blos die Erbeinsetzung dadurch hinfällig werde, oder auch andere Bestimmungen des Testaments, z. B. Vermächtnisse, Vormundschaftsernennungen, testamentarische Pfandrechte und dergl. corruiren?

2) Ob die Legate nicht dann wenigstens von den Intestaterben zu prästiren sind, wenn das Testament die Codicillarclausel enthält?

Zu 1) Wenngleich mehrere bedeutende Stimmen sich für die Aufrechthaltung der Legate 2c. erhoben haben, z. B. Voet Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 4., Struv. Synt. jur. civ. Ex. 32. th. 47., v. Löhr im civil. Archiv Bd. V. S. 391. (von testamentarischen Pfandrechten insonderheit s. Sintenis Handb. d. gem. Pfandr. §. 29. S. 264.), so ist doch gewiß die Unhaltbarkeit dieser auf einer irrigen Auslegung der l. un. C. 6. 51. und der Nov. 1. beruhenden Meinung dargethan, s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXIX. S. 44. 2c., v. Vangerow Pand. §. 459., und die herrschende Lehre ist der l. 9. D. 26. 2. treu geblieben, si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt. cf. §. 2. in f. J. 2. 22., s. die von Mühlenbruch a. a. O. not. 77. angeführten vielen Lehrbücher, hiernächst Francke Beitr. Abth. I. S. 148., Braun Erörter. zu Thibaut §. 835. Auch ist kein Grund vorhanden, in Ansehung der legata ad pias causas ein Anderes zu statuiren, wie v. Kreittmayr in seinen Anmerk. zu Cod. Bavar. Max. Civ. T. III. cap. 3. §. 29. no. 2. angenommen hat, s. dagegen Kritz Samml. von Rechtsf. Bd. I. S. 51.

Zu 2) Da zur Giltigkeit eines Codicills keine Erbeinsetzung nöthig ist, so bleiben dann wenigstens die Legate giltig, und sind daher die Intestaterben vermöge Intestatcodicills zu deren Auszahlung verbunden; s. Mühlenbruch a. a. O. S. 73., Höpfner Instit. Comm. §. 522. not. 2. Durch die Codicillarclausel werden auch die

---

einem Dritten der im Testament ihm zugedachte Vortheil nicht entzogen werden darf. Geschieht aber dies nicht, so können sich Intestaterben gar wohl vereinigen, omissa causa testamenti zu erben, s. Elvers allgem. jurist. Ztg. v. J. 1830. S. 238. 2c. Jedoch wäre ihnen diese Freiheit wohl nicht blos in dem Falle zu versagen, wenn sie damit die Befreiung von den vom Testator angeordneten Legaten und Fideicommissen bezwecken, sondern auch wenn sie sich irgend welchen ihnen lästigen Verbindlichkeiten und Beschränkungen dadurch entziehen wollten; s. Mabihn Miscellen no. 20., vergl. Gans Zeitschr. f. Civil- u. Criminalrechtspflege im Königr. Hannover Bd. I. H. 3. no. 19. — l. ult. §. fin. C. 6. 42. — Nov. 1.

in einem rumpirten Testament enthaltenen Legate aufrecht erhalten. Nepos postumus in testamento avi praeteritus testamentum rumpit, adjecta vero clausula codicillari tanquam codicillum sustinetur; G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. III. Abth. 1. S. 251.

---

§. 172.

D) Testamentum ruptum.*)

1) Gilt h. z. T. ein pactum de non mutando testamento?
2) Wenn der Testator gesagt hat, ein späteres Testament soll nur dann gelten, wenn es in dieser oder jener bestimmten Form errichtet seyn werde, ist dann dasselbe dennoch aufrecht zu erhalten, wenn es von dieser Form abweicht?
3) Wird das frühere Testament auch dann durch das spätere, dessen giltige Beschaffenheit vorausgesetzt, als rumpirt erachtet, wenn letzteres destitut wird, oder wenn das zweite rumpirt wird, es sey nun durch einen postumus, oder absichtlich, um das frühere wieder herzustellen?
4) Nachdem in l. 27. C. 6. 23. verordnet ist, daß ein Testament nicht durch bloßen wörtlichen Widerruf seine Kraft verliere, sondern nur dann, wenn seit seiner Errichtung 10 Jahre**) abgelaufen sind, und während oder nach dieser Zeit der Testator vor Gericht oder vor nicht weniger als drei tüchtigen Zeugen den Widerruf erklärt hat, so entsteht die Frage:
   a) ob diese Zeugen die Eigenschaft solenner Testamentszeugen haben müssen, und ob unitas actus dabei erforderlich sey?
   b) ob auch der Widerruf eines Testaments unter Eltern und Kindern auf diese Weise geschehen könne?
   c) ob auch Codicillardispositionen nicht anders wirksam widerrufen werden können, als vor Gericht oder vor drei Zeugen und mit Ablauf von 10 Jahren?

---

*) Die besondere Art der Ruption durch einen postumus wird des Zusammenhanges wegen im Kap. IV. vom Notherbenrecht behandelt werden.

**) Daß die 10 Jahre nicht von der Zeit des Widerrufs, wie Einige glauben, sondern von der Testamentserrichtung an zu rechnen sind, s. Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 288., Höpfner Instit. §. 518., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 942.

5) Wenn das Testament entweder bei dem Testirer selbst, oder bei einem Andern, der es in Verwahrung hatte, zerrissen gefunden wird, wem liegt der Beweis darüber ob, wenn die Frage entsteht, ob es vom Testator selbst, oder durch einen Zufall oder von einem Andern ohne Auftrag geschehen sey?
6) In welchem Fall wird ein vollständiges Testament sogar durch ein späteres unvollkommenes aufgehoben?
7) Lebt das rumpirte Testament wieder auf, wenn der postumus, welcher es rumpirt hat, noch vor dem Testator gestorben ist, oder wenn der Testator das zweite Testament, durch welches das erste rumpirt worden ist, wieder vernichtet hat, oder wenn bei dem im zweiten Testament unter einer conditio de futuro eingesetzten Erben die Bedingung nicht verwirklicht worden ist?
8) Kann die in einem Testament enthaltene Erbeinsetzung durch deren in einem Codicill erfolgten Widerruf aufgehoben werden?
9) Kann der Widerruf der Erbeinsetzung oder eines Legats auch aus bloßen Thatsachen gefolgert werden?
10) Haben auch privilegirte Testamente vis rumpendi?
11) Ist ein öffentliches Testament für widerrufen zu achten, wenn der Testirer sich dasselbe aus dem gerichtlichen Asservatorio zurückgeben ließ?

Zu 1) Daß eine im Testament niedergelegte Versicherung, dasselbe nicht ändern zu wollen, selbst wenn sie eidlich bekräftigt wäre, den Testator nicht binde, ist wohl unzweifelhaft anzunehmen; s. Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 190. Wenn aber der Testator sich einer bestimmten Person gegenüber verpflichtet hat, seine Disposition nicht ändern zu wollen (s. oben Kap. III. §. 156. zu Fr. 1.), so pflegen Manche dies schlechthin für eine vertragsmäßige, und daher da, wo nach deutschem Recht Erbverträge gelten, wirksame Verpflichtung anzusehen; s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 471. (419.), Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 350., Mühlenbruch a. a. O. S. 209.

Da es aber immer bedenklich bleibt, das Recht der Testamente mit dem Recht der Verträge zu vermengen und jene nicht nach ihren eigenthümlichen Vorschriften zu behandeln, s. Mabihn Miscellen

Bd. I. S. 135., so wird wenigstens die bestimmteste Fassung erfordert, um die Vertragsnatur annehmen zu dürfen. Vergl. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 711.

Zu 2) Die röm. Gesetze scheinen hierüber ganz einander entgegengesetzte Entscheidungen zu enthalten, zu deren Auslegung fünferlei Versuche aufgezählt werden, s. Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 203. Einmal heißt es: der Wille des Testators bestimmt, was von dem im Testament Geschriebenen gelten soll, und bei Vermächtnissen gilt das zuletzt Niedergeschriebene, l. 12. §. 3. l. 14. pr. D. de leg. I. (30.); nur dann gilt das früher Geschriebene, wenn der Testator sagte: was ich dem N. weiter unten vermachen werde, das vermache ich ihm nicht. Sollte dann doch das später Geschriebene gelten, so müßte, um den Grundsatz anwendbar zu machen, nemo sibi ipse legem dicere potest, ut a priore voluntate recedere non liceat, eine ausdrückliche Erklärung des Testators vorliegen, daß er seinen früheren Willen bereuet habe; l. 22. pr. D. de leg. III. (32.) Diese Gesetzstellen handeln aber nur von dem Fall, wo in einem und demselben Testament Bestimmungen vorkommen, von welchen die eine durch die andere aufgehoben wird, oder eine mehr oder weniger gibt als die andere. Dagegen wird bei verschiedenen Willenshandlungen, welche in verschiedene Perioden fallen, unbedingt die letzte vorgezogen, daher, wenn der Testator die sich vorbehaltenen Codicille nur mit einer Beschränkung bestätigt hat, welche er hinterher doch nicht beobachtete, so sollen sie, wenn nur ihre Aechtheit nicht zu bezweifeln ist, dennoch gelten: licet in confirmatione codicillorum pater familias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti fuerint; nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant. l. 6. §. 2. D. 29. 7. — l. ult. pr. D. de leg. II. (31.)*) Sämmtliche Gesetzesstellen vereinigen sich in dem Satz: die spätere Willensäußerung hebt in der Regel die frühere auf, aber auch die spätere Willenshandlung derogirt der früheren Willensbestimmung.

---

*) Diese Gesetzstelle ist jedoch nicht anwendbar, wenn nicht in einem vorher errichteten Testament, sondern in dem codicillarischen Aufsatz selbst der Testator sich darauf bezogen hat, daß er zwei Zeugen um ihre Mitunterschrift und Sieglung ersucht habe, und dieses nicht erfolgt ist; denn da ist seiner erklärten Absicht nach die Disposition unvollzogen geblieben, besonders wenn nun auch das Datum offen geblieben ist; s. Pütter in Thon's gesammelten Rechtsfällen S. 50.

Die verschiedenen Ansichten der Rechtsgelehrten sind in ihrer schwankenden Beschaffenheit bei Mühlenbruch a. a. O. zu vergleichen.

Zu 3) Unter der Voraussetzung, daß das spätere Testament nicht nullum oder injustum sey, gilt die Regel: testamentum semel ruptum semper ruptum manet. §. 2. J. 2. 17., es bleibt also rumpirt, wenngleich das spätere Testament wieder aufgehoben oder destitut wird, oder der in diesem eingesetzte Erbe die Erbfähigkeit verliert, oder die an sich mögliche Bedingung (nämlich eine eigentliche, nicht etwa eine conditio in praeteritum oder in praesens collata), unter welcher dieser Erbe eingesetzt ist, nicht eintritt, l. 1. l. 16. D. 28. 3., Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 350., v. Keller Pand. §. 493. Ausnahmsweise wird jedoch das erste Testament noch neben dem zweiten erhalten:

a) wenn das zweite aus bloßem Irrthum erzeugt wurde. Hierüber entscheidet l. 92. D. 28. 5. A. hatte die P. zur Erbin eingesetzt und ihren Vater ihr substituirt. Letzterer wurde umgebracht, und bei dieser Gelegenheit hieß es, die Tochter sey auch umgekommen. Durch dieses Gerücht verleitet, errichtete er ein neues Testament, und setzte einen Andern zum Erben ein mit den Worten: quia heredes, quos volui habere, mihi continere non potui, N. heres esto. Nun kam aber die P. zum Vorschein und nahm die Erbschaft aus dem früheren Testament in Anspruch, worauf der Kaiser entschied, daß die P. als Erbin gelte, aber die im zweiten Testament verordneten Legate prästiren müsse, wie wenn sie in diesem zu Erben eingesetzt wäre; Mühlenbruch a. a. O. S. 476.

b) Auch dann wird das erste Testament durch das zweite nicht rumpirt, wenn beide neben einander füglich bestehen können, besonders wenn der Testator ausdrücklich bestimmt hat, daß der im zweiten Testament eingesetzte Erbe die Bestimmungen des ersten aufrecht halten solle, §. 3. J. 2. 17. — l. 12. §. 1. D. 28. 3., mithin fideicommittirt hat, oder auch, wenn im zweiten Testament die nämliche Person zum Erben eingesetzt worden ist, welchenfalls die in dem einen wie in dem andern Testament enthaltenen Legate entrichtet werden müssen; s. G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. Abth. II. no. 172. Aber auch als stillschweigendes Fideicommiß gilt es, wenn der Erblasser im ersten Testament einen Haupterben, im zweiten aber einen heres ex re certa ernannt hat; dieser muß dann mit dem ihm angewiesenen Erbstück zufrieden seyn, und das Uebrige dem im ersten

Testament eingesetzten Erben herausgeben; l. 29. D. 36. 1., Mühlenbruch a. a. O. S. 471., Höpfner Instit. §. 518.

c) Wenn zwei Testamente unter einerlei Datum mit Einsetzung verschiedener Erben errichtet worden sind, so rumpirt keines das andere, sondern beide werden als plures tabulae ejusdem testamenti, oder pro unis tabulis angesehen; l. 1. §. 6. D. 37. 11. Ist ein Testament, wie ehemals öfter zu geschehen pflegte, zweifach gefertigt worden, so schadet es der Giltigkeit desselben nicht, wenn nur ein Exemplar vernichtet worden ist, sofern nicht die auf gänzliche Aufhebung gerichtete Absicht erwiesen werden kann; l. ult. D. 28. 4.

Zu 4a) Wenngleich die l. 27. C. 6. 23. nur die Gewißheit und nicht eine Feierlichkeit des Widerrufs zu bezwecken scheint (daher nach einer von Hannesen Diss. I. de revocat. test. §. 13—21. angeführten Entscheidung der Widerruf für giltig erkannt wurde, bei welchem sich unter den Zeugen zwei Frauenzimmer befunden hatten): so ist doch nach dem allgemeinen Grundsatz, daß ein Geschäft nur so, wie es errichtet worden, aufzulösen sey, l. 35. D. 50. 17. eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est — sehr wahrscheinlich, daß das Gesetz nur die Zahl der Zeugen herabsetzen, in Ansehung ihrer Qualität aber nichts nachgelassen wissen wollte, und während früher ein Testament nur durch ein neues solennes aufgehoben werden konnte, auch der nun zugelassene Act des Widerrufs als eine feierliche Handlung gepflogen werden solle, die Zeugen also Solennitätszeugen und insoweit zu diesem Zweck zu erbitten seyen, daß der Widerruf von bloßem Discours unterschieden und als Rechtsgeschäft erkennbar sey. Weiter als in diesem Sinn kann aber weder rogatio testium noch unitas actus erfordert werden; Mühlenbruch a. a. O. S. 283 ꝛc.

Zu 4b) Auch das testamentum parentum inter liberos muß der Revocabilität unter Beobachtung vorbemerkter Vorschriften unterworfen erachtet werden, denn daß dessen Aufhebung durch ein späteres Testament nach Nov. 107. c. 2. nicht durch ein in der privilegirten Form errichtetes, sondern nur durch ein feierliches Testament geschehen kann, schließt die Aufhebung durch wörtlichen Widerruf nicht aus; Mühlenbruch a. a. O. S. 301.

Zu 4c) Legate und Fideicommisse wurden schon nach dem ältern Recht nuda voluntate aufgehoben; Ulpiani Fragm. XXIV. §. 29., und zwar, wenngleich nicht ipso jure, doch per exceptionem doli, mit welcher derjenige zurückgewiesen wurde, welcher gegen den Willen des

Erblassers ein Legat begehrte; l. 4. §. 10. D. 44. 4. Dies ist von Justinian nicht besonders abgeändert, und gilt daher noch immer nach der Regel: species derogat generi, wenngleich für Aufhebung der Testamente durch bloßen Widerruf andere Normen gegeben sind.

Erbeinsetzungen und Legate findet man vielmehr in den Gesetzen eben aus diesem Gesichtspunkt in Gegensatz gestellt, daß zwar wohl bei letzteren, nicht aber auch bei ersteren blos der veränderte Wille wirksam wird; l. 36. §. 3. D. 29. 1. — l. 22. D. 34. 4. — Die abweichende Meinung des Stryck de cautel. testam. Cap 24. §. 41., wornach die Aufhebung der Vermächtnisse bald vor 5, bald vor 2 Zeugen geschehen soll, ist daher wohl unbedenklich zu verwerfen und die l. 4. §. 10. D. 44. 4. verbunden mit l. 1. §. 8. D. 38. 6. nicht in solchem Sinn zu nehmen; Höpfner's Instit. §. 518. not. 6., Mühlenbruch a. a. O. S. 320.

Zu 5) Wird das Testament bei dem Testirer selbst zerrissen vorgefunden, so muß vermuthet werden, daß er es und zwar absichtlich gethan habe, hatte aber Jemand Andres dasselbe in Verwahrung, so ist, wie Höpfner Instit. §. 518. S. 587., Thibaut System §. 977. (Ed. 8.) statuirt, das Gegentheil zu vermuthen. Dieser Meinung scheint zwar entgegen zu stehen, daß unrechtmäßige Handlungen nie vermuthet werden dürfen; allein dagegen ist es auch gewiß wahr, daß derjenige, welchem eine Urkunde zu einem gewissen Zweck übergeben war, und sie in einer diesen Zweck aufhebenden Beschaffenheit vorlegt, beweisen müsse, daß die gegebene Bestimmung von dem Urheber selbst wieder aufgehoben worden sey. Es kann sich leicht zutragen, daß der Vater eine in privilegirter Form errichtete Disposition einem seiner Söhne zur Aufbewahrung übergeben hat; gewiß würde dann dieser beweisen müssen, daß der Vater selbst sie cassirt oder habe cassiren lassen.

[Ueber die Vernichtung eines Duplicats s. Seuffert's Archiv IX. No. 185.]

Zu 6) Unbezweifelt ist nach der klaren Bestimmung in l. 2. D. 28. 3. — l. 21. §. 3. C. 6. 23. — Nov. Theodos. II. tit. XVI. §. 7. die Begünstigung eines Testaments, worin die gesetzlichen Erben eingesetzt sind, vor einem solchen, in dem andere Personen zu Erben ernannt sind. Ein solches später errichtetes Testament soll selbst dann, wenn es nicht ganz zu Stande gebracht werden konnte, und wenn nur 5 Zeugen, welche jedoch die Eigenschaft von Testamentszeugen haben müssen, s. Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 401., wenn sie gleich nicht die schriftliche Disposition unterschrieben haben, doch die

Aechtheit eidlich bekräftigen, das frühere testamentum perfectum rumpiren.

Nur in einzelnen Beziehungen stößt man auf differente Meinungen, insbesondere ob das testamentum posterius imperfectum als ein wahres Testament, nämlich als testam. privilegiatum oder als Codicill gelte? ob im letzteren alle Intestaterben eingesetzt seyn müssen, oder ob es genüge, wenn nur einige der zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Intestaterben eingesetzt sind? Die richtige Ansicht entwickelt sich ohne Zweifel aus den Worten der l. 21. §. 3. C. 6. 23. secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi ultimam voluntatem intestati valere sancimus, in qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt. Hierdurch begründet sich die herrschende Ansicht, daß ein solches testamentum posterius imperfectum ein an die Intestaterben gerichtetes Codicill sey, in welchem diese zwar zu ungleichen Theilen eingesetzt, aber nicht einzelne von ihnen ausgeschlossen werden können, auch Pupillarsubstitutionen, Enterbungen, Vormundschaftsernennungen nicht darin stattfinden; vergl. Höpfner Instit. §. 463. not. 1. und §. 518., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 870., Marezoll in Löhr's Magazin Bd. IV. S. 173., Mackeldey Lehrb. §. 677., besonders v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 460. II. 1. und neuerlich Pfotenhauer in Linde's Zeitschr. Bd. XVI. S. 1. gegen Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 364., auch Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 44. Es kann auch nicht in der Willkür des Erblassers stehen, ob er einen von den nächsten oder entfernteren Verwandten zu Erben einsetzen wolle; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. X. no. 530. S. 309., Mühlenbruch a. a. O. S. 386. und wenn neben den Intestaterben auch eine persona extranea eingesetzt ist, so gilt dieses nicht, sondern der ihr bestimmte Theil accrescirt den Intestaterben; l. 21. §. 3. C. 6. 23.

Zu 7) Vermöge des Grundsatzes: testamentum semel ruptum semper ruptum manet, kann das spätere Schicksal des zweiten Testaments keinen Einfluß auf das erste haben. Die aufgeworfene Frage ist daher regelmäßig in allen Fällen zu verneinen. Doch scheinen einige Modificationen zulässig.

a) So rumpirt ein postumus das Testament, wenn er auch nur einen Moment gelebt hat, l. 2. C. 6. 23., kommt er aber schon bei Lebzeiten des Testators zur Welt, und stirbt vor dessen Tod, so gibt der Prätor bonor. poss. sec. tabulas cum re, was nun die gleiche Wirkung mit einem rechtsgiltigen Testament

hat; Mühlenbruch Thl. XXXVI. S. 347., Thl. XXXIX. S. 4., Thl. XLII. S. 4., Thibaut System §. 966. (Ed. 8.)

b) Wenn der Testirer das spätere Testament zerstört, um das frühere noch unversehrt erhaltene wieder in Kraft treten zu lassen, so gibt der Prätor auch aus dem ersten Testament honor. poss. sec. tabulas, ob aber cum re oder sine re, ist sehr zweifelhaft; v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 458. u. 460. II. 2. deducirt das Letztere. Nach Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 478. soll es von den Umständen abhängen, und der erweisliche Wille des Testators für die b. p. cum re den Ausschlag geben; vergl. Francke Notherbenrecht S. 120., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 870. not. 7.

Zu 8) Verneinend entscheidet l. 4. C. 6. 35.

Zu 9) Die Gesetze nehmen dies in folgenden Fällen an: wenn zwischen dem Erblasser und Honorirten tödtliche Feindschaft ausgebrochen und keine Versöhnung erfolgt ist; l. 3. §. 11. l. 4. l. 22. D. 34. 4. — l. 9. pr. D. 34. 9.; wenn der Testirer später in einer Verfügung den Legatar oder dieser jenen öffentlich beschimpft hat. l. 13. l. 29. D. 34. 4. — l. 9. §. 1. D. 34. 9.; wenn Jemand seine Gattin bedachte und nachher die Scheidung erfolgte l. 11 §. 10. D. 24. 1. — l. 49. §. 6. D. de leg. III. (32.)

Zweifelhaft ist der Fall, wenn die einem Legat beigefügte Last oder Abgabe wieder weggenommen wird; l. 30. §. 2. l. 31. §. 1. D. 34. 4. vergl. mit l. 17. pr. l. 60. D. de leg. II. (31.) l. 38 §. 6. D. de leg. III. (32.) l. un. §. 4. C. 6. 51.; s. unten Kap. X. a. E. vom Wegfall des Vermächtnisses Ziff. VI. ademtio et transl legati, Fr. 5. und 5a.

Zu 10) Allerdings; s. l. 2. D. 28. 3., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 460. II. 4., Mühlenbruch Thl. XXXVIII. S. 365 Umgekehrt werden auch privilegirte Testamente durch Widerruf vor 3 Zeugen in Verbindung mit dem Ablauf von 10 Jahren rumpirt, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 943.

Zu 11) Häufig wird zwar diese Frage bejaht, Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 471. (419.) und deshalb auf l. 18. C. 6. 23. hingewiesen, allein dort wird nur gesagt, daß diejenigen Testamente, die einmal beim magister census niedergelegt wären, auch bei ihm aufbewahrt bleiben müßten, und nachher keinem andern Richter zur Aufbewahrung übergeben werden dürfen.

Nach den Gesetzen läßt sich daher diese Meinung gewiß nicht rechtfertigen, denn das Deponirtseyn kann bei dem gerichtlichen

Testament ebensowenig, als das Uebergeben an Notar und Zeugen, als das Wesentliche betrachtet werden, vielmehr genügt, daß der actus testandi gerichtlich vollzogen ist; l. 19. C. 6. 23. Daß ein einfacher Widerruf nicht die Kraft eines Testaments aufheben könne, ist vorhin schon aus den Gesetzen nachgewiesen worden, und noch weniger kann die blos muthmaßliche Absicht des Widerrufs wirken, l. 27. C. 6. 23. — §. 7. J. 2. 17., Mühlenbruch Thl. XXXIV. S. 218., Thl. XXXVIII. S. 302., v. Vangerow a. a. O. §. 460. III. 2., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 1., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 249. Ebenso Thibaut System §. 831. (Ed. 8.), jedoch mit der Modification, daß die Zurücknahme des Testaments nur dann nicht dasselbe unwirksam mache, wenn es ein Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung an sich trägt. Spangenberg im civilist. Archiv Bd. V. S. 171. betrachtet es als bloße quaestio facti, welche nur nach der bei der Zurücknahme des Testaments vorhandenen erweislichen oder nach den Umständen anzunehmenden muthmaßlichen Absicht des Testators bald bejahend, bald verneinend entschieden werden muß. Für die bestimmte Verneinung der aufgestellten Frage entscheidet aber der Grund: ein gerichtlich zu Protocoll erklärtes oder auch ein gerichtlich niedergelegtes feierliches Privattestament erhält seine Giltigkeit nicht durch die Aufbewahrung, durch die Zurücknahme aus der Gerichtsregistratur kann es daher nichts weiter als die Kraft einer archivalischen Urkunde verlieren, seiner selbständigen Natur als Testament kann dies aber keinen Eintrag thun. Dagegen gilt jedoch ein Anderes da, wo — wenigstens particularrechtlich — ein Privataufsatz durch bloße Niederlegung bei der Behörde die Kraft einer förmlichen letzten Willensverordnung erhält. Da läßt sich in der Zurücknahme desselben nur ein Widerruf des Testators erblicken, welcher sofort in Kraft tritt; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 945. Neuere Gesetze bestimmen ausdrücklich, daß mit der Zurücknahme des Testaments auch wörtlicher Widerruf verbunden werden muß; Preuß. Landrecht Th. I. Tit. 12. §. 569.

Kapitel IV.

Von der Erbfolge gegen ein Testament.

Inst. II. 13. de exheredatione liberorum. Dig. XXVIII. 2. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis, Cod. VI. 28. de liberis praeteritis vel exheredatis. Cod. VI. 29. de postumis heredibus instituendis vel exhered. vel praeteritis. Nov. 115. Ulpiani Fragm. XXII. 14—23.

§. 173.

1. Einleitung.

Die Erbfolge gegen ein Testament tritt ein, wenn der Testirer eine von den Gesetzen in dem Familienverhältniß begründete Zwangspflicht verletzt hat, vermöge deren

1) gewisse Personen entweder eingesetzt [d. h. als Erben anerkannt], oder ausdrücklich und zwar unter Anführung einer der in den Gesetzen bestimmten Enterbungsursachen exheredirt werden müssen, mithin durchaus nicht präterirt werden dürfen;
2) gewissen Personen etwas hinterlassen werden muß — Pflichttheilsberechtigte.

Beide Anforderungen, welche das Gesetz rücksichtlich der Form und der Materie an einen Testirer macht, treffen in dem wechselseitigen Verhältniß zwischen Ascendenten und Descendenten zusammen; wogegen bei anderen Personen, z. B. Geschwistern und der armen Ehegattin, die Testirfreiheit nur durch die zweite Anforderung des Gesetzes beschränkt ist.

In Ansehung des zuerst gedachten Verhältnisses hat bekanntlich Justinian's Nov. 115. eine bedeutende Veränderung des älteren Rechts erzeugt, besonders insofern nach diesem ein die gesetzlichen Vorschriften verletzendes [inofficiöses] Testament gänzlich nichtig war, und also seinem ganzen Inhalt nach zu Grunde ging, wogegen nach der Nov. 115. die Verletzung ihrer Vorschriften in Betreff der Erbeinsetzung der Eltern und Kinder nur die Folge hat, daß den ausgeschlossenen Descendenten oder Ascendenten kein Nachtheil daraus entstehen darf, folglich nur die Erbeinsetzung ungiltig wird an deren Stelle sofort die Intestaterbfolge tritt, während der anderweite Inhalt des Testaments bei Kräften bleibt;

legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus aut *quibuslibet aliis capitulis**), sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem.

Sowie jede Veränderung in der Gesetzgebung und besonders in einem einzelnen Stück des zusammenhängenden Gewebes Zweifel und Streitfragen unvermeidlich hervorruft, so war dies auch hier in unendlichem Maaße der Fall. Es wurde vorzüglich in Frage gezogen:

a) Gehen Justinian's Vorschriften auch auf sui und emancipati, oder sind hier die Grundsätze der Pandecten geblieben?
b) Tritt in allen Fällen, wenn gegen Justinian's Bestimmungen gefehlt ist, die in der Nov. 115. bestimmte Folge der Nichtigkeit der Erbeinsetzung ein, so daß Ascendenten und Descendenten niemals auf die alte Inofficiositätsklage, sondern nur auf die s. g. querela nullitatis juris novi zu recurriren hätten (s. g. Nullitätssystem); oder muß man unterscheiden, ob keine gesetzliche Enterbungsursache im Testament angeführt oder die angeführte unwahr ist, und nur im ersten Fall die Nichtigkeitsklage, im anderen Fall aber die qu. inofficiosi testamenti statuiren, doch nur in der Maaße, daß sie blos die Erbeinsetzung umwirft, die Legate und andere Dispositionen aber bei Kräften bleiben? (gemischtes System.)
c) Bewirkt die Nov. 115., wenn gegen sie im Testament gefehlt ist, eigentliche Nullität von Anbeginn, oder nur Rescissibilität?

Da Zweck und Raum hier nicht gestatten, speciell in die zu einer mäßigen Bibliothek angewachsenen Disceptationen der Anhänger des Inofficiositätssystems, des s. g. Nullitätssystems und des gemischten Systems einzugehen, so muß hinsichtlich der reichhaltigen Literatur dieser Materie auf Mühlenbruch's Forts. von Glück Thl. XXXV. S. 119., Thl. XXXVI., Thl. XXXVII. u. XXXVIII., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 486., insbesondere auf die erschienenen Monographien, als Boock Lehre v. d. Enterbung, vorzüglich Francke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten

*) daher auch wohl Pupillarsubstitutionen (wie gewiß mit Recht gegen Madihn Princ. jur. Rom. de successionibus §. 159. angenommen ist von Glück Thl. VII. S. 322., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 485., Francke Recht der Notherben S. 389.), nicht aber Vulgarsubstitutionen bei Kräften bleiben.

Willen, Gans Erbrecht Bd. II. S. 92., Hunger das Erbrecht S. 224. verwiesen, und das Ergebniß für die Praxis nur kürzlich angedeutet werden. [Dazu Arndts Pand. §. 598—600., Müller Institut. §. 205., Vering Röm. Erbrecht S. 415 ff., A. Schmidt D. formelle Recht der Notherben S. 153—193., Köppen System d. heut. Röm. Erbrechts, I. S. 151 ff.]

Zu a) Es ist nun wohl in Praxi, wie Glück Thl. VII. S. 326. mit Beziehung auf Gaill, Carpzov u. A. bezeugt, welchen auch die neueren Lehrbücher von Schweppe Bd. V. §. 973., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 498. (156.), Thibaut System §. 970. (Ed. 8.), Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVII. S. 308., Puchta Pand. §. 493., Höpfner Instit. §. 525. beigefügt werden können, sehr allgemein angenommen, daß Justinian in der Nov. 115. für die Berücksichtigung der Descendenten und Ascendenten in Testamenten ein durchgreifendes, also auch präterirte sui und emancipati mit umfassendes, sonach alle Descendenten ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt gleich behandelndes Gesetz gegeben hat; s. auch Fuhr im civilist. Archiv Bd. VII. S. 290., Heumann in Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 161., Seuffert Beiträge S. 138. [Nach dieser in der Praxis vorherrschenden Meinung, welche von Bluntschli als das Ausschließungssystem, von Mühlenbruch als das (vollständige) Derogationssystem, von Puchta als das Reformsystem bezeichnet wird, gelangt fortan immer nur das remedium ex Nov. 115. zur Anwendung, während nach der entgegengesetzten Theorie (s. g. Enterbungs-, Corrections- oder Additionalsystem) neben jenem remedium auch noch die alten Rechtsmittel in Frage kommen, d. h. der suus die s. g. querela nullitatis juris antiqui (d. h. die gewöhnliche hereditatis petitio ab intestato propter nullum testamentum) und der emancipatus die Bon. Poss. contra tabulas haben sollen, wenn sie nicht förmlich instituirt oder exheredirt sind. Für diese letztere Meinung, „welche dem Gesetzgeber ein Flickwerk zumuthet, dessen er vielleicht wohl fähig war, dessen Verschuldung aber in dem vorliegenden Falle durch den Inhalt des Gesetzes keineswegs außer Zweifel gesetzt werden kann", haben sich neuerdings erklärt: v. Vangerow Leitf. II. §. 486., Mayer Erbrecht I. S. 262., Vering Röm. Erbr. S. 424. und besonders noch A. Schmidt R. d. Notherben S. 185 ff., letzterer jedoch mit der Hinzufügung, daß das andere System (Derogationssystem) vom Standpunkte der heutigen Rechtsanschauung aus

allerdings seine volle Berechtigung habe. Für dieses Derogationssystem haben sich (mit einigen Unterscheidungen) erklärt: Sintenis prakt. gem. Civilr. III. S. 611. Anm., Seuffert prakt. Pand.-R. §. 658—662., Köppen Röm. Erbr. S. 166. und Arndts Pand. §. 598., welcher von diesem System sagt: Es „gewährt einfache im Wesentlichen befriedigende Resultate, beseitigt Unterschiede, die zu Justinian's Zeit keinen rechten Grund mehr hatten, schneidet dadurch eine Menge von schwierigen Verwickelungen ab und entspricht so dem praktischen Bedürfnisse einer Zeit, welcher ein so verwickeltes, oft der scharfsinnigsten Unterscheidungsgabe noch schwieriges Recht ein Stein des Anstoßes seyn mußte". Köppen a. a. O. sagt: „Das Derogationssystem und zwar in seinem weitesten Umfange, in welchem es sich für den Untergang sowohl der Rechtsmittel wie der Formvorschriften des alten Rechts entscheidet, steht allein mit dem Inhalt der Nov. und überhaupt dem ganzen Geiste der neueren Gesetzgebung Justinian's in Einklang. Dieser ist auf Vereinfachung des Rechts gerichtet. Deshalb verschwindet bei der Neugestaltung desselben überall der Dualismus des civilen und prätorischen Rechts und unter Abstreifung aller Formalitäten, die ihres Inhalts beraubt sind, kommt es zur Einheit." Köppen erklärt sich demgemäß gegen die von Mühlenbruch und bez. von Puchta aufgestellten Modalitäten des Derogationssystems.]

Zu b) Das gemischte Inofficiositätssystem scheint, wie Mackeldey Lehrb. §. 661. bemerkt, obwohl er selbst sich zu demselben nicht bekennt, in der heutigen Praxis die meisten Anhänger zu zählen; s. auch Puchta Pand. §. 493. not. m. Vertheidiger des Nullitätssystems*) ist v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 485., Francke a. a. O.

---

*) Und zwar ohne die von Einigen ohne genügenden Grund geforderten Ausnahmen; z. B. daß nach Glück Thl. VII. §. 551., Thl. XXXVII. Seite 192. das ältere Recht nach l. 30. C. 3. 28. alsdann noch anzuwenden sey, wenn die sui und emancipati gänzlich übergangen sind; — s. dagegen Francke a. a. O. S. 364. — oder nach Seuffert Beitr. zu den Lehren d. Erbrechts S. 46. und Zimmern im civil. Archiv Bd. VIII. S. 155. not. 8. die Inofficiositätsklage dann eintreten soll, wenn die Erbschaft für den Notherben durch allzufreigebige Zuwendungen an Andere erschöpft und auf nichts reducirt ist, — denn der Fall der factischen und der stillschweigenden Aufhebung des Notherbenrechts ist sich ja wesentlich gleich, und nimmt daher kein besonderes Rechtsmittel in Anspruch; s. Francke a. a. O. S. 394., Mühlenbruch zu Glück Thl. XXXV. S. 320., Thl. XXXVII. S. 364. — und ebensowenig wenn der Notherbe auf weniger als den Pflichttheil eingesetzt ist, denn da ist nur der suppletorischen Klage Raum gegeben; s. Mühlen-

welcher die Unvereinbarlichkeit der Inofficiositätsklage mit den Bestimmungen der Nov. umfänglich zu zeigen bemüht ist; s. auch Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. VIII. S. 110., Kritz Abhandl. S. 101. [Dem Nullitätssystem steht seit der Glosse das s. g. (reine) Inofficiositätssystem gegenüber, nach welchem das Testament an sich giltig, aber anfechtbar durch den Verletzten mittels der querela inofficiosi testamenti seyn soll; für diese Ansicht haben sich Glück VII. S. 335., Mackeldey Röm. Recht §. 660. und Mayer Erbr. I. S. 286., neuerdings Brinz Pand. II. S. 744. und Köppen Röm. Erbr. S. 159—161. erklärt. Für das Nullitätssystem sind noch Sintenis Civilr. II. §. 198., Vering Röm. Erbr. S. 422. und A. Schmidt R. d. Notherben S. 174. Letzterer bemerkt gegen das s. g. gemischte System, welches von Accursius in die glossa ordinaria recipirt und dann von den meisten italienischen und deutschen Rechtslehrern, auch von der Praxis bis in die Gegenwart festgehalten ward: diese „Mittelmeinung, wonach, wenn der Enterbungsgrund nicht angegeben ist, Nichtigkeit, wenn dagegen ein unwahrer im Testament vorgeschützt wurde, Anfechtbarkeit durch die Querel vorhanden seyn soll, hat doch kaum mehr für sich als den Schein der Consequenz. Diesen insofern, als hier Nullität bei formellem Verstoß, die Zulässigkeit der Querel dagegen bei formgerechtem aber materiell lieblosem Testamente angenommen wird. Dawider spricht ganz entscheidend, daß die Nov. gerade da, wo sie die Nichtigkeit des Testaments als die Folge der Nichtbeobachtung ihrer Vorschriften bestimmt (Cap. III. §. 14.), des Falls des, mit Unrecht angeführten Enterbungsgrundes ausdrücklich gedenkt, ohne für ihn eine andere Bestimmung zu treffen, als für den der verletzten Form. Nun führt zwar Puchta Pand. §. 493. zu Gunsten jener Unterscheidung an, Justinian setze überall nur die Wirkung, nicht den Weg fest, auf dem sie herbeizuführen sey; diesen nach den, in der Justinianeischen Gesetzgebung gegebenen Begriffen festzustellen, sei Sache der Jurisprudenz. Aber

---

bruch a. a. O. Nur für die successio in querelam hält v. Vangerow a. a. O S. 215. und Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 484. die Inofficiositätsklage noch für nothwendig, weil, wie auch Francke a. a. O. S. 388. in der Regel annimmt, der Nachfolgende nicht aus der Nov. 115. klagen kann, indem diese sich nur auf den nächsten Pflichttheilsberechtigten beschränkt. A. M. ist hier Mühlenbruch a. a. O. Thl. XXXVII. S. 366. in nota. Auch die Meinung mehrerer Praktiker, welche zwar die Nov. auf alle Descendenten ohne Unterschied gehen lassen, aber doch dafür halten, daß die Legate dann nicht erfüllt zu werden brauchten, wenn der Vater aus Irrthum Descendenten präterirte, wird von Francke a. a. O. S. 365. verworfen.

gerade das ist zu bezweifeln, daß eine gesunde Jurisprudenz in dieser Art unterscheiden würde. Da nämlich die Querel die dem Notherben sehr wesentlich ungünstigere Klage ist, so kommt man auf solchem Wege zu dem Resultat, daß der von dem Erblasser verleumdete Notherbe schlechter gestellt wäre, als der blos vergessene."]

Zu c) Diese Frage scheint zwar auf den ersten Anblick wenig Bedeutung zu haben, denn, mag man nun Nullilät oder Rescissibilität annehmen, immer macht doch die s. g. actio nullitatis ex jure novo oder das remedium ex Novella 115. nur die Erbeinsetzung unkräftig, unbeschadet der Legat- und anderer Anordnungen, allein für die weiteren von uns gestellten Fragen erscheint sie denn doch von wesentlichem Einfluß. Wenn man sich nämlich zu dem Nullitätssystem bekennt, so macht es einen großen Unterschied, α) ob man das Testament von Anfang an für nichtig erkennt, oder nur für rescissibel? womit auch die weitere Frage zusammenhängt, β) ob die Nichtigkeit blos von dem Notherben, oder auch von anderen Intestaterben geltend gemacht werden könne?

Zu α) Nimmt man das erste an, nämlich s. g. absolute Nullität, so kann durch das nichtige Testament weder ein früheres Testament aufgehoben, noch kann jenes durch veränderte Umstände wirksam werden, wogegen nach der zweiten Ansicht [s. g. relative Nullität oder Rescissibilität], welche von dem Grundsatz ausgeht, daß die erklärte Absicht der Novelle nur darauf gerichtet sey, Kinder und Eltern gegen lieblose Ausschließung von der Erbschaft zu schützen (was sich doch erst nach den Verhältnissen zur Todeszeit des Erblassers ergeben kann), angenommen werden muß, daß das Testament Wirksamkeit gleichwohl alsdann haben könne, wenn derjenige, dessen Uebergehung dasselbe nichtig machen würde, vor dem Erblasser gestorben ist, oder sonst aufgehört hat, Notherbe zu seyn, oder wenn der übergangene Notherbe nicht klagt, z. B. mit dem ihm ausgesetzten Legat zufrieden ist, gleichwie auch eine bedingte Erbeinsetzung, obgleich sie sonst ungiltig ist, doch, wenn sie zur Todeszeit des Erblassers schon purificirt ist, nicht angefochten werden könnte, und der übergangene Notherbe, wenn ihm ein Vermächtniß im Testament ausgesetzt ist, die Wahl hat, entweder das ihm darin Zugedachte, oder das ihm gesetzlich Zustehende gegen den Willen des Testirers zu fordern.

Zu β) Die Vertheidiger der asoluten Nullität, namentlich v. Vangerow a. a. O. Bd. II. §. 485. S. 308., Thibaut System §. 970., Brandis in Linde's Zeitschr. Bd. VII. 197.,

Heumann ebend. Bd. XVII. S. 203., Sintenis Civilr. III. §. 189., Vering Röm. Erbr. §. 12. S. 422. und A. Schmidt R. d. Notherben S. 176—180. können consequent das Rechtsmittel auch den übrigen Intestaterben, welche keine Notherben sind, nicht versagen, wogegen die Vertheidiger der relativen Nullität es ihnen consequenter Weise nicht gestatten können, sondern an dem Satz festhalten: nur dem verletzten Notherben gebe die Nov. 115. c. 3. u. 4. das Recht, die ungiltige Erbeinsetzung des Testators durch die Erklärung, sein gesetzliches Erbrecht behaupten zu wollen, zu beseitigen, und dadurch das Intestaterbrecht herbeizuführen, wogegen es widerwärtig schiene, daß andere Personen berechtigt seyn sollten, wider den Willen des Notherben einen Proceß zu erheben, durch welchen darüber entschieden werden soll, ob derselbe verdienter Weise von der Erbschaft ausgeschlossen sey; s. Arndts im Rechtslex. Bd. VIII. S. 110., 148 ff., welcher zugleich mehrere aus der conträren Meinung entspringende Mißstände aufzählt, vergl. Puchta Pand. §. 493., Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen &c. §. 25., Francke Recht d. Notherben S. 382., Mühlenbruch zu Glück Thl. XXXVII. S. 256., Seuffert prakt. Pand.-R. §. 658 ff.

---

§. 174.

2. Ueber die Verbindlichkeit zu instituiren oder rite zu exherediren.

bieten sich uns nach diesen Prämissen folgende Fragen dar:

a) In Ansehung der berechtigten Subjecte.

1) Wie weit erstreckt sich die Nothwendigkeit, auch postumi im Testament zu bedenken?
2) Müssen in Adoption gegebene Kinder von ihrem leiblichen Vater, insbesondere auch die von einem Frauenzimmer adoptirten von diesem bedacht werden?
3) Haben aach die per Rescriptum Principis legitimati Anspruch auf den Pflichttheil?
4) Müssen auch abgefundene Kinder instituirt werden?
5) Findet das Notherbenrecht der Kinder auch dann statt, wenn Eltern schon bei Lebzeiten an ihre Kinder übergeben haben?

6) Steht auch dem Adoptivvater die Inofficiositätsklage gegen ein Testament seines Adoptivkindes zu?

7) Was ist die Folge, wenn die zunächst zur Inofficiositätsquerel berechtigten Personen sie nicht anstellen wollen oder nicht können, oder sich etwa daran versäumt haben?

8) Durch die Inofficiositätsklage wird bekanntlich nicht immer das ganze Testament rescindirt und dem Querulanten die ganze Erbschaft zu Theil, dies ist nur dann der Fall, wenn der eingesetzte Erbe kein Intestaterbe ist, mithin ohne das Testament gar nichts bekäme. Ist aber der eingesetzte Erbe ein Intestaterbe, so kann der Präterirte das Testament nur bis auf den Belauf der Portion, welche ihm ab intestato gebührt hätte, umstoßen, es tritt nämlich dann die Intestaterbfolge ein, zu welcher noch Mehrere durch das Gesetz berufen seyn können; l. 8. §. 5. l. 15. §. 2. l. 19. D. 5. 2. Der Querulant kann also nur seine Intestatportion fordern; Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1201. Wenn nun aber Mehrere zur Querel gegen das Testament berechtigt sind, von welchen Einer oder der Andere nicht queruliren will, accrescirt dann dem Querulanten dessen Intestatportion?

9) Richtet sich die Beurtheilung der Giltigkeit oder Ungiltigkeit eines Testaments in Folge der Nov. 115. nach dem Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder der Erbschaftsdelation?

Zu 1) Auf alle diejenigen, welche erst nach errichtetem Testament in die unmittelbare Gewalt des Testators kommen, oder gekommen seyn würden, wenn derselbe nicht vorher verstorben wäre, mithin nicht nur auf die eigentlichen postumi oder die nach dem Testament geborenen Kinder, welche unmittelbar durch ihre Geburt in das Suitätsverhältniß eintreten, sondern auch solche, qui postumorum loco sunt, d. i.

a) die nach dem Testamente adoptirten, arrogirten oder legitimirten; §. 1. J. 2. 17. — Ulp. XXIII. 3., Gaj. II. 138.

b) diejenigen, welche durch successio in suorum heredum locum Suitätsrechte erlangen, nämlich dadurch, daß der dazwischenstehende parens wegfällt, l. 29. pr. §. 1—3. D. 28 2., und das Kind, welches dadurch postumus suus seines Vaters wird, daß der Großvater wegfällt; l. 28. §. 1. D. 28. 2.

Zu 2) Bezüglich dessen, was wir im Band I. §. 72. über das Adoptivverhältniß nur im Allgemeinen bemerkt haben, ist hier insbesondere im Betreff des Notherbenrechts Folgendes beizufügen:

Unstreitig ist es, daß der minus plene adoptatus und der impubes arrogatus nur gegen seine leiblichen Eltern das Notherbenrecht behält, gegen den Adoptivvater aber nur ein Intestaterbrecht, aber kein Pflichttheilsrecht in Anspruch nehmen kann, dagegen der plene adoptatus gegen seinen Adoptivvater volles Pflichttheilsrecht hat; l. 10. C. 8. 48. Dagegen ist bestritten, ob es dem vollkommen Adoptirten noch gegen seinen leiblichen Vater zustehe. Der Grundsatz: daß man nicht Kindesrechte gegen zwei Väter ausüben könne, l. 10. cit., stände jedoch schon seinem Intestaterbrecht gegen den leiblichen Vater entgegen, weshalb ihm auch selbst dieses insoweit nämlich, daß der in Adoption Gegebene seinen leiblichen Vater nicht mehr als Kind beerben kann, abgesprochen wird, s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 179., wonach um so weniger also von einem Pflichttheilsrecht die Rede seyn kann. Andere nehmen zwar an, durch die Nov. 118., welche das frühere Intestaterbfolge-System abgeändert habe, sey nun auch Adoptirten noch die Succession ab intestato in dem Vermögen ihrer leiblichen Eltern gewährt,*) und damit falle der Grund hinweg, aus welchem ihnen nach den früheren Gesetzen kein Pflichttheilsrecht habe zugestanden werden können, s. Roßhirt Erbrecht S. 397., allein die Meisten widersprechen theils dem Vordersatz, theils und zwar hauptsächlich der Zulässigkeit der Folgerung, oder, daß von Einräumung des Intestaterbrechts ein giltiger Schluß auf ein Pflichttheilsrecht zu machen sey, und Letzteres ist am gründlichsten ausgeführt in v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 474. not. 1. in Uebereinstimmung mit Francke das Recht d. Notherben ꝛc. S. 182. und Büchel Streitfragen aus Nov. 118. S. 70., Sintenis pr. Civilr. Bd. III. S. 120. not. 55. Zwischen den Adoptivkindern und den Ascendenten des Adoptivvaters ist in der Regel kein Agnationsverhältniß anzunehmen, vielmehr erlischt das Adoptionsverhältniß mit dem Tod des Adoptivvaters, und kann nicht die Beerbung seiner Ascendenten bewirken; s. Mühlenbruch a. a. O. S. 181., vergl. Thibaut civilist. Abhandl. S. 303. und Schömann Fragmente aus seinen civilist. und cameralist. Vorlesungen S. 131.

In Ansehung der von einem Frauenzimmer Adoptirten schien

*) wie bereits oben in Kap. II. von der Intestaterbfolge §. 134. S. 660. bemerkt wurde.

zwar, weil eine solche Adoption nicht die Rechte der väterlichen Gewalt und der Suität mit sich bringt, ein Notherbenrecht nicht statuirt werden zu können, wie Glück Thl. VII. S. 11. not. 44. nach Analogie der adoptio minus plena annahm. Allein die qu. inoff. test. ist als völlig unabhängig vom Suitätsverhältniß von jeher gegen das Testament der Mutter unbedenklich zugelassen worden, l. 5. l. 29. §. 1. D. 5. 2. — l. 15. C. 3. 28. und die l. 5. C. 8. 48. spricht auf das Bestimmteste für das Notherbenrecht des Adoptivsohns eines Weibes: eum perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus, und damit stimmt auch l. 29. §. 3. D. 5. 2. unter Voraussetzung der landesherrlichen Adoptionsbestätigung überein. Glück hat daher selbst von seiner früheren Negative sich in der Folge mehr zur Affirmative geneigt, Thl. VII. S. 375., welche ziemlich allgemein angenommen ist; s. Thibaut Versuche Bd. I. S. 339.. Mühlenbruch a. a. O. S. 185., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 285. §. 489. (136.), Francke Recht der Notherben ꝛc. S. 185., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 474. no. 1. vergl. Bd. I. §. 72. Fr. 5. dieses Werks.

Zu 3) Daß die legitimatio per Rescr. Principis den unehelichen Kindern volle Successionsrechte, mithin auch Pflichttheilsrecht gewähre, wenn keine ehelichen vorhanden sind, unterliegt gar keinem Zweifel; allein für den Fall, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, sollen sie nach der Meinung Mehrerer zum Nachtheil jener ein Successionsrecht blos durch landesherrl. Rescript überhaupt nicht erlangen können, weil dergleichen Rescripte nur ohne Verletzung Dritter wirksam seyn können, l. 7. C. 1. 19., Schmidt hinterlassene Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 225., oder nur mit der Beschränkung, daß die ehelichen Kinder durch eine solche Vermehrung der Anzahl der Kinder keinen Schaden an ihrem Pflichttheil leiden dürften; s. Hofacker Princ. jur. civ. §. 597. not. e., Höpfner Instit. §, 688., oder daß den ehelich Gebornen der Pflichttheil zum Voraus gebühre, was Glück Thl. II. §. 144. not. 43. für die gemeine Meinung erklärt. Beide Meinungen werden aber von den neueren Rechtsgelehrten verworfen; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 163., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 474. no. 1. Da in Nov. 74. c. 1. und 89. c. 9. ausdrücklich verordnet ist, daß nur in dem Fall, wenn keine ehelichen Kinder vorhanden sind, die naturales durch ein Rescript sollen legitimirt werden können, und was gegen Concubinenkinder galt, um so mehr gegen spurii gelten muß, so kommt es nur auf die Frage an: ob h. z. T. Landesherren an die angeführ-

ten gesetzlichen Vorschriften gebunden seyen oder nicht? Treffend sagt daher Roßhirt Erbrecht S. 216.: „entweder ist die Legitimation rechtlich, und dann müssen sich die ehelichen Kinder Alles gefallen lassen, was die Concurrenz der legitimirten mit sich bringt, oder sie ist dies nicht, und dann brauchen sich jene gar nichts gefallen zu lassen." Wir kommen daher auf dasjenige zurück, was im Bd. I. §. 71. Fr. 3. von der Nothwendigkeit einer strengen Auslegung eines Legitimations-Rescripts unter den gegebenen Umständen gesagt wurde.

Zu 4) Die Nov. 115. c. 5. verordnet: *si qui heredes fuerint nominati*, etsi certis rebus jussi fuerint contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quicquid iis minus legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri, wonach es immerhin nothwendig scheint, abgefundene Kinder gleichwohl förmlich in ihren Vorempfang als Erben zu ernennen. Ob aber dies nur verbis directis oder auch verbis obliquis auf genügende Weise geschehen könne, darüber s. folgende lit. b. Fr. 2. u. 9.

Zu 5) Es geschieht öfter, daß Eltern bei Lebzeiten ihr Vermögen unter ihre Kinder vertheilen, sich dabei aber noch ein Kapital oder sonstiges Besitzthum zur freien Disposition vorbehalten, worüber sie dann in der Folge auch wirklich zu Gunsten fremder Personen testiren. Stirbt nun eines jener Kinder und sind von diesem Enkel bei dem Tod des Testirers vorhanden, so sind diese immer geneigt, ein Testament anzufechten, in welchem sie sich aus dem beigefügten Grund, daß ihre Eltern durch Vertrag schon weit mehr als den Pflichtheil erhalten hätten, unberücksichtigt finden. Die Beurtheilung hierüber schlägt aber so sehr in das Gebiet der Erbverträge ein, daß sie nur dort ihren geeigneten Platz finden kann; s. Kap. XIII. A. Fr. 8., B. Fr. 2. u. 6.

Zu 6) Diese Frage ist durchaus controvers. Nach der einen Meinung erbt der Adoptivvater gar nicht. Zwar ist die Ansicht, als könne ein Notherbenrecht für ihn gar nicht erwachsen, weil, so lange der Adoptivsohn in potestate des Adoptivvaters ist, derselbe über nichts weiter als über sein peculium castrense und quasi castrense disponiren könne, welches vom Notherbenrecht ja ausgenommen ist, wenn er aber emancipirt wird, mit der Lösung des verwandtschaftlichen Bandes Intestat- und Notherbenrecht aufhöre, s. Krondal im civilist. Archiv Bd. IV. S. 384. u. Glück Opusc. Fasc. III. pag. 22. etc., bereits als durchaus verworfen anzusehen, weil dieses frühere Privilegium des pec. castrense nach der Nov. 115. c. 4. cf. Nov. 123. c. 19. nicht mehr besteht; dadurch ist aber die Frage noch unentschieden, wem dann ein Notherbenrecht zustehe, wenn der

adoptivus in der Adoptivfamilie verstirbt. Es bestehen darüber dreierlei Meinungen: nach der einen wird der Adoptivvater allemal durch den leiblichen Vater ausgeschlossen, s. Lehr in Hagemann und Günther Archiv f. d. theor. und prakt. Rechtsgelehrten Bd. V. S. 194.; nach der zweiten concurriren beide Väter, s. Roßhirt Erbrecht S. 320., Francke Recht d. Notherben S. 188., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 474. S. 259., Büchel civilrechtl. Erörterungen Bd. II. Abth. II. S. 76 ꝛc., Puchta Pand. §. 488.; nach einer dritten soll der Adoptivvater allein mit Ausschluß des leiblichen Vaters erben und nur die leibliche Mutter mit jenem concurriren; Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 226. ꝛc. Der letzteren Meinung steht aber besonders l. 30. pr. D. 5. 2. entgegen, woran l. 10. C. 8. 48. nichts geändert hat, was also um so mehr nach Nov. 115. angenommen werden muß. Die mittlere Meinung hat daher, wie selbst Mühlenbruch a. a. O. S. 225. not. 9. anerkennt, die meisten Anhänger gefunden.

Zu 7) Insofern nicht ein Transmissionsrecht auf die Erben des Präterirten eintritt (vergl. den folgenden §. 175. Fr. 2.), rücken sodann die nächstfolgenden Pflichttheilsberechtigten nach, und zwar nach der Ordnung der Intestaterbfolge, also nach den Descendenten die Ascendenten und Geschwister*) (letztere nämlich, wenn ihnen eine persona turpis vorgezogen wird), jedoch nur die vollbürtigen und erst nach ihnen die Halbgeschwister von väterlicher Seite, weil Letzteren kein Intestaterbrecht zusteht, wenn leibliche Geschwister vorhanden sind. Weiter aber geht die successio in querelam nicht, also auch nicht auf Geschwisterkinder; l. 14. l. 31. pr. D. 5. 2.

Insofern wir im Eingang dieses Kapitels angenommen haben, daß seit der Nov. 115. Descendenten und Ascendenten die Inofficiositätsquerel nicht zu gebrauchen haben, möchte die aufgeworfene Frage wohl überflüssig scheinen, und eben so eine mit ihr verwandte besonders schwierige Frage: ob bei der successio in querelam nur successio ordinis oder auch eine successio graduum eintrete. Der Sinn dieser Frage ist nämlich: wenn in derselben Classe (ordo) mehrere Personen verschiedenen Grades vorhanden sind, und der nächste Notherbe, der zur Querel berechtigt ist, nicht klagen will oder kann, ist nur die im

*) Daß Geschwister erst nach den Ascendenten in die Querel succediren können, wie Glück Thl. VII. S. 376. annahm, hat die gemeine Meinung gegen sich; s. Mühlenbruch das. Thl. XXXV. S. 232. u. 480., Braun Erörter. zu Thibaut §. 810. S. 742. mit Beziehung auf Donell, Vinnius und Noodt.

nämlichen ordo im Grad folgende Person, z. B. statt des Sohnes der Enkel zuzulassen, oder tritt nun sogleich der folgende ordo der Ascendenten ein? Für Letzteres, oder für die successio ordinum scheint l. 9. §. 2. D. 28. 2. — l. 6. pr. D. 28. 3. zu entscheiden, und auch aus l. 34. C. 3. 28. — l. 10. §. 4. C. 8. 48. scheint dies zu folgen, wie sich denn auch die gemeine Meinung früher dafür ausgesprochen hat; allein die Neueren neigen sich mehr zur entgegengesetzten Meinung, indem sie die entgegenstehenden Gesetzstellen aus dem früheren Recht erklären, nach welchem es noch keine successio graduum in der Classe unde liberi gegeben habe, da diese aber durch Nov. 118. eingeführt sey, so müßten die neueren Grundsätze über graduum successio in der Intestaterbfolge auch auf die successio in querelam angewendet werden; Francke Recht d. Notherben S. 281 ꝛc., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 475—480., Schweppe röm. Privatr. Th. V. S. 469. not. 3., v. Vangerow a. a. O. §. 480. not. 2., welcher dieser Frage aus dem Grund eine praktische Bedeutung einräumt, weil obenbemerktermaßen die Zulässigkeit der Inofficiositätsquerel für Ascendenten und Descendenten gerade in dem Fall der successio in querelam ausnahmweise angenommen werden müsse.

Zu 8) Diese Frage muß allerdings für den Fall bejahet werden, wenn der andere im Testament Ausgeschlossene repudiirt oder renunciirt, l. 16. pr. l. 17. pr. l. 23. §. 2. D. 5. 2., womit dann auch der Fall gleich gilt, wenn er sein Klagrecht verjähren läßt, s. v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 494. (149.), Glück Thl. VII. S. 432.; wenn aber mehrere Rechtsgelehrte, wie Thibaut System §. 969. B. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim a. a. O. u. A. m., indem sie dem Querulanten das Accrescenzrecht überhaupt dann zugestehen, wenn die anderen Pflichttheilsberechtigten entweder nicht queruliren wollen oder nicht können, auch den Fall hineinziehen, wenn einer derselben ex justa causa enterbt ist, so ist dazu nirgend ein gesetzlicher Grund vorhanden, vielmehr muß dieser Theil dem eingesetzten Erben verbleiben, l. 15. §. 2. l. 24. D. 5. 2. — l. 27. C. 3. 28., Glück Thl. VII. S. 437., Mühlenbruch a. a. O. S. 405., Francke Recht d. Notherben S. 257., Baumeister das Anwachsungsrecht S. 148., und consequent muß dies auch v. Vangerow a. a. O. §. 480. not. 1. und Mühlenbruch a. a. O. S. 411. gegen Glück a. a. O. S. 436. dann angenommen werden, wenn der andere Notherbe mit seiner Querel gegen den Testamentserben unterlegen ist.

Zu 9) Uebereinstimmend erklären sich Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVII. S. 256. und Thl. XXXIX. S. 33., Francke a. a. O.

S. 383. für die Todeszeit des Teſtirers nach Geiſt und Zweck der Nov. 115. Der Zweck fällt nämlich offenbar weg, wo keine parentes vel filii vorhanden ſind, quos a testamentorum injuria liberos reddamus. Dagegen diſſentirt neuerlich in einer umfaſſenden Abhandlung Heumann in Linde's Zeitſchrift Bd. XVII. S. 170., wozu ihn als Verfechter des abſoluten Nullitäts-Syſtems die ſtrenge Conſequenz leitet, ſ. jedoch das in der Einleitung dieſes Kap. IV. §. 173. zu lit. c. Geſagte.

---

§. 175.

b) In Anſehung der beſondern Erforderniſſe und rechtlichen Folgen.

1) Notherben müſſen, wie man insgemein ſtatuirt, titulo institutionis honorabili zu Erben ernannt werden; genügt es demnach, wenn es im Teſtament heißt: ich hinterlaſſe oder ich vermache meinem Sohn den Pflichttheil?
2) Wenn Kinder blos auf ihren Vorempfang hingewieſen ſind, z. B. wenn der Teſtator ſagt: „weil meine erſtehelichen Kinder bereits ihre väterliche und mütterliche Erbſchaft erhalten haben, ſo ſetze ich meine Kinder zweiter Ehe zu Erben ein," ſind da nicht die erſtehelichen Kinder für präterirt zu achten?
3) Kann die Enterbung auch unter einer Bedingung geſchehen?
4) Wenn ein Notherbe nur auf ein Gewiſſes eingeſetzt iſt, ſ. Nov. 115. cap. 5., ſo hat er bekanntlich kein weiteres Klagrecht, als auf Ergänzung, im Fall die Zuwendung weniger als der Pflichttheil beträgt; wenn nun der in re vel summa certa eingeſetzte Notherbe ſich verletzt glaubt, iſt er dann auf Naturaltheilung und Verſteigerung des Nachlaſſes zu dringen berechtigt?
5) Iſt der in re certa eingeſetzte Notherbe, welcher die actio ad supplendam legitimam mit Erfolg angeſtellt hat, dadurch Erbe geworden und ſomit auch des Accreſcenzrechts theilhaftig?
6) Wird eine geſetzliche Enterbungsurſache durch eine erfolgte Verſöhnung aufgehoben?
7) Wird ein Teſtament, in welchem Kinder präterirt, oder ohne eine wirkliche und ausdrücklich angeführte geſetzliche

Enterbungsursache exheredirt wurden, durch die Codicillarclausel gegen die Nichtigkeit geschützt?

8) Genügt die bloße Erbeinsetzung ohne Anweisung eines Theils oder Gegenstandes des Vermögens?

9) Ist das Kind für präterirt, mithin das Testament für ungiltig zu halten, wenn eine schwangere Mutter also testirt: „wenn ich nach meinem zu gebärenden Kinde sterben sollte, so will ich meinen Vater zum Pflichttheil, in mein übriges Vermögen aber meinen Ehemann zum Erben eingesetzt haben?"

Zu 1) Die älteren Rechtslehrer hielten streng darauf, daß die bloße Hinterlassung des Pflichttheils, wenn nicht die Erbeinsetzung damit verbunden wurde, nicht genüge, vielmehr ein solches Testament nichtig sey; Stryck de cautel. testam. Cap. XVI. §. 11. Auch erklärt es Justinian in der Nov. 115. c. 3. pr. nicht für genügend, si (parentes) per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem.

Die Neueren aber sehen in Gemäßheit der l. 15. C. 6. 23. häufig nicht so viel auf die Worte, als auf die Absicht, da die Gesetze wollen, daß der Wille des Testirers nicht unerfüllt bleibe, wenn er nur den Gesetzen nicht zuwider ist; Becker Rechtsfälle Bd. IV. S. 213., daher auch der Ausdruck „vermachen" nicht schadet, und wohl auch, wenn es im Testament heißt: „meine Tochter soll 150 Thlr. aus meiner Erbschaft haben" für gleich bedeutend mit der Formel: „meine Tochter setze ich auf die Summe von 150 Thlr. zur Erbin ein" angenommen wird, s. Madihn Miscellen Bd. I. S. 117., die allegirte Vorschrift der Novelle muß aber dann selbst nach diesen milderen Grundsätzen in volle Wirkung treten, wenn nicht nur in den Worten ein Zweifel, sondern im wesentlichen Inhalt des Testaments ein Hinderniß liegt, den mit dem Pflichttheil Bedachten als einen Erben anzusehen; z. B. wenn ein extraneus zum alleinigen oder Universalerben ernannt ist, oder wenn der Testator sagte: den A. und B. setze ich zu meinen Erben ein, meinem Sohn vermache ich den Pflichttheil, mithin das Wort vermachen gerade in Gegensatz zum Erben stellte; denn in diesen Fällen könnte der Sohn nur als Legatar angesehen werden, was nicht die Rechtsnachtheile der Präterition abzuwenden vermag; Madihn a. a. O., Glück Thl. VII. S. 113.,

Thl. XXXV. S. 317., Thl. XXXVI. S. 350., Thl. XXXVII. S. 192., Höpfner Inſtit. §. 473. Desgleichen, wenn aus einem Teſtament, welches die Quoten der Erbſchaft ſchon durch die Erbeinſetzung erſchöpft hat, erhellt, daß dem Notherben ſein Pflichttheil von den Erben nur ausgezahlt werden ſollte, ſo iſt demſelben nur ein Vermächtniß hinterlaſſen, folglich die Erbeinſetzung nichtig; ſ. Francke d. Recht der Notherben §. 31.

Ebenſo könnte es auch nicht als giltige Erbeinſetzung, ſondern nur als ein Legat nach l. 13. C. 6. 24. betrachtet werden, wenn der Teſtator ſagte: Titius ſoll mit der und der Sache ſtatt der Erbeinſetzung zufrieden ſeyn; ſ. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 449. not. 2.

Zu 2) Obgleich Manche auch eine ſolche Disposition nicht gelten laſſen wollen, weil ſie einer Erbeinſetzung der erſtehelichen Kinder gerade entgegen verlaute, die Nov. 115. c. 5. aber nur ſage: „*si qui heredes fuerint nominati,* etsi certis rebus jussi fuerint contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus etc., ſ. Struben rechtl. Bed. Bd. III. S. 95., ſo iſt doch nach den Bemerkungen in §. 174. zu Fr. 4. wohl die Meinung vorzuziehen: daß eine ſolche Anordnung unter der Vorausſetzung giltig ſey, daß das, worauf die erſtehelichen Kinder verwieſen ſind, zu den Objecten gehört, welche in den Pflichttheil einzurechnen ſind, und daß ſie es wirklich erhalten haben, denn dann ſind ſie ja wirklich Erben geworden, und können, wenn damit ihr Pflichttheil nicht erſchöpft iſt, nur die ſuppletoriſche Klage anſtellen.

Beſonders kommt nach deutſchen Rechten in Betracht, daß bei Bauersleuten die Mitgift der ausgeheiratheten Kinder gewöhnlich ein anticipirtes Erbtheil ausmacht; Struben rechtl. Bedenken Bd. III. S. 97., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 321., Höpfner Inſtit. §. 473. not. 11. a. E. Noch weiter geht Leyser Sp. 356. Med. 9. ut pater eo ipso, quod liberos a se vivo acceptis contentos esse jubet, eos heredes instituat.

Zu 3) Das Notherbenrecht leidet weder eine bedingte Einſetzung, noch eine bedingte Enterbung*); l. 3. §. 1--4. D. 28. 2. — §. 12. J. 3. 1. — l. 18. D. 37. 4. — l. 15. D. 28. 7., Vering Röm. Erbr. S. 417. und A. Schmidt R. d. Notherben S. 160.

*) Für giltig hält Francke a. a. O. S. 401. die bedingte Enterbung, wenn die Bedingung beim Tode des Erblaſſers bereits eingetreten war, was dem von ihm angenommenen Princip der Reſciſſibilität gemäß iſt, vergl. die Einl. dieſes Kap. IV. §. 173. lit. c.

Gegen die Folgen der Präterition schützt es aber, wenn der bedingt Eingesetzte auf den entgegengesetzten Fall enterbt ist. Bei einer reinen Potestativbedingung ist dies nicht nöthig. Auch kann eine conditio in praesens vel praeteritum relata nicht hierher gerechnet werden, da sie gar nicht vim, sondern nur figuram conditionis hat.

Bei der Einsetzung eines postumus schadet die im Allgemeinen auch da unzulässige Beifügung einer Bedingung alsdann nicht, wenn sie schon vor seiner Geburt verwirklicht worden ist; l. 22. l. 24. D. 28. 2.

Uebrigens muß hier auf die doctrinellen Erörterungen dieser durch die Verschiedenheit des ältern und neuern Rechts schwierig gewordenen Materie verwiesen werden; Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVI. S. 173—299. 388., Thl. XXXVII. S. 214., Francke Recht der Notherben S. 385. u. 401., v. Buchholtz über bedingte Enterbung und Einsetzung der Kinder in Linde's Zeitschrift Bd. XIII. S. 322. Heumann über das neueste Notherbenrecht ebend. Bd. XVII. S. 161., insbesondere auch über den Fall, wenn ein Notherbe nicht zum ersten directen Erben ernannt, sondern nur den im ersten Grad eingesetzten Erben vulgariter substituirt ist; ebend. S. 239., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 484. sub III. S. 340.

Zu 4) Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind zwar über diese, sowie über die folgende damit zusammenhängende Frage nicht durchaus einig, doch kann wohl unzweifelhaft angenommen werden, daß einem solchen in re certa eingesetzten Notherben das judicium familiae herciscundae zugestanden werden müsse, daraus aber noch nicht folge, daß er die Versteigerung der Nachlaßgegenstände verlangen könne, zu welcher ja selbst der Theilungsrichter nur dann schreiten darf, wenn eine andere zweckmäßige Theilungsart nicht möglich ist, §. 4. J. 4. 17. — l. 22. §. 1. l. 25. §. 20. D. 10. 2., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. V. §. 511. (178.) §. 516. (199.), also gewiß nicht da, wo der Testirer selbst schon über die Zutheilung verfügt hat; aber gewiß kann er die Inventarisation und Schätzung des gesammten Nachlasses fordern, und kann es auch ohne gleichzeitige Anstellung der act. suppletoria, sofern nur in der Klage ausdrücklich auf die Eigenschaft als Pflichttheilsberechtigter Bezug genommen wird, s. Erk. d. O.-A.-Ger. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. V. S. 41. und d. O.-A.-Ger. in Cassel ebend. Bd. VII. S. 247. Nach Maßgabe der Schätzung wird ihm dann die res certa zwar auf seinen Pflichttheil nach dem Schätzungswerth angewiesen, das Fehlende aber aus der übrigen Masse ergänzt. Zwar wird ihm von Mehreren selbst das

Recht, auf Verſteigerung der Nachlaßgegenſtände anzutragen, eingeräumt; ſ. Berger Oec. jur. Lib. II. Tit. IV. th. 15. no. 9., Wernher sel. Obs. for. T. I. P. I. Obs. 185. Gmelin und Elſäſſer juriſt. Beobacht. und Rechtsfälle Bd. IV. no. 16. S. 229., indem ſie ihre Meinung darauf gründen, daß der Pflichttheil auf die ganze Subſtanz der ſämmtlichen hinterlaſſenen Güter wirke, und in einem Antheil an den ſämmtlichen Erbſchaftsſtücken nach Verhältniß des Pflichttheils beſtehe. Dieſer auch von Glück Thl. VII. S. 117. vertheidigten Meinung tritt jedoch Mühlenbruch in der Fortſ. Bd. XXXV. S. 328. entgegen, weil dadurch indirect dem Willen des Teſtators entgegengehandelt würde, während die Nov. 115. c. 5. ſagt: hoc casu nullatenus testamentum solvi praecipimus, und weder in gedachter Nov. noch ſonſt irgendwo die Vorausſetzung ſich gerechtfertigt finde, daß der Pflichttheil nicht blos der Größe und dem Werthe nach, ſondern auch den Objecten nach ſchlechterdings als Quote der geſammten Erbſchaft betrachtet werden müſſe, was um ſo weniger anzunehmen ſey, als der Pflichttheil gar nicht titulo heredis institutionis hinterlaſſen zu werden braucht. Uebereinſtimmend hiermit ſind v. Langenn und Kori Erörter. Th. I. no. 4. et aut. ibi alleg., v. Hartitzſch Entſcheid. no. 312., Francke Notherbenrecht S. 93., Emminghaus Sächſ. Pand. S. 695. no. 7. u. 9.

Zu 5) Es iſt überhaupt, wie oben Kap. III. §. 161. Fr. 4. bemerkt wurde, ſtreitig, ob ein in re certa eingeſetzter Erbe als Erbe betrachtet werden könne? Wenn nun aber demſelben nach den angeſehenſten Rechtsautoritäten die Erbenqualität, wenn ſie ſich gleich diesfalls als beſchränkt darſtellt, wenigſtens nicht in allen Fällen abgeſprochen werden kann, ſo muß dieſes natürlich auch von dem in re certa eingeſetzten Notherben gelten, welcher ſich in dem Fall befunden hat, ad supplendam legitimam zu klagen. Zwar hält Madihn Miscellen Bd. I. S. 141. dafür, wer actionem suppletoriam anſtellt, werde nicht Erbe, und könne kein jus accrescendi etc. verlangen, denn er wolle ja nicht aus dem Teſtament, ſondern als geſetzlicher Erbe erwerben; allein da die ſuppletoriſche Klage das Teſtament und alſo auch die teſtamentariſche Erbſchaft nicht aufhebt, ſo ſcheint dieſes Raiſonnement nicht genug begründet.

Zu 6) Die Meinungen der Rechtslehrer hierüber ſind ſehr getheilt. Einige behaupten, eine factiſch vorhandene Enterbungsurſache könne blos durch nachfolgende Verzeihung und Verſöhnung niemals unwirkſam gemacht, das daraus entſtandene Recht der Enterbung alſo nicht aufgehoben werden, ſ. Marezoll in Linde's Zeitſchr.

Bd. VI. S. 70., v. Wening=Ingenheim Bd. III. §. 492. (142.), Hellfeld §. 1424., Leyser Sp. 357. Med. 8. Das gerade Gegentheil behauptet Thibaut System §. 965. (Ed. 8.) „Hat der Erblasser vor oder nach dem Testament dem Notherben sein Vergehen förmlich verziehen, so findet nun deshalb keine weitere Ausschließung statt," und eben so unbedingt betrachten eine Enterbungsursache durch erfolgte Aussöhnung als aufgehoben Mackeldey Lehrb. §. 660., u. Glück Thl. VII. S. 217.

Andere beschränken die Wirksamkeit der Verzeihung überhaupt auf solche Enterbungsgründe, welche unmittelbar aus einer Beleidigung entspringen, s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVII. S. 185., denn die anderen Indignitätsgründe können ja nur objectiv betrachtet werden, und wirken an sich, ohne Rücksicht auf subjective Empfindlichkeit. Die Meisten unterscheiden dann weiter, ob die Verzeihung vor der Errichtung des Testaments oder nach derselben stattgefunden habe, indem sie wohl im ersten Fall die Enterbung nicht für zuläßig halten, weil der Enterbungsgrund zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gewesen seyn müßte, um zur Enterbung zu berechtigen; s. Höpfner Instit. §. 478. not. 77., Gebr. Overbeck Bd. II. S. 256., v. Vangerow a. a. O. §. 484. sub II. S. 340., wogegen sie im zweiten Fall die bereits im Testament ausgesprochene Enterbung nicht durch die Versöhnung als vernichtet erachten, s. Mühlenbruch a. a. O., v. Vangerow a. a. O. Wieder Andere, z. B. Francke im Notherbenrecht S. 414. nehmen aber auch in diesem Fall den Enterbungsgrund als aufgehoben an.

Valett Notherbenrecht §. 33. will darauf gesehen wissen, ob die Verzeihung nach dem Willen des Verzeihenden auch die Wirkung haben sollte, daß auch die verfügte Enterbung ungiltig sey oder nicht, und dieser Meinung scheint Bluntschli in der Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen S. 233. beizustimmen, indem er alles nach der Individualität des einzelnen Falles bestimmt wissen, mithin die Entscheidung dem freien richterlichen Ermessen überlassen will. Das O.=A.=Ger. in Celle entschied jedoch in einem Falle, welchem blos der Enterbungsgrund wegen begangener Injurien zum Grunde lag: „die Verzeihung einer Injurie, welche zur Enterbung berechtigen würde, kommt nur dann in Betracht, wenn sie vor Errichtung des Testaments eingetreten ist; die Verzeihung muß eine vollständige seyn; der Zusage, eine Enterbung wegen der erlittenen Injurie nicht vornehmen zu wollen, bedarf es indessen nicht;" s. Seuffert's Archiv Bd. V. S. 41.

Die erste von Marezoll a. a. O. sehr überzeugend ausgeführte Meinung scheint am meisten Beifall zu verdienen, und zwar für beide Fälle, denn

a) war die Verzeihung schon vor der durch das Testament verfügten Enterbung geschehen, so kann man um deswillen gleichwohl nicht behaupten, daß der Enterbungsgrund dann schon zu existiren aufgehört habe, als das Testament errichtet wurde, denn factum infectum fieri nequit und das elterliche Dispositionsrecht auf den Todesfall ist etwas anderes, als die aus der Injurie entspringenden Rechtsmittel, und ist nicht blos subjectiv, wie die Injurienklagen, sondern vielfach objectiv begründet. Vergl. A. Schmidt R. d. Notherben S. 166. Die subjective Wirksamkeit der Injurie wird zwar allerdings durch Aussöhnung, und sogar schon durch einjährige Verjährung aufgehoben. Gälte ein Schluß von dieser auf das Recht der Enterbung, so müßte man, um consequent zu seyn, auch behaupten, daß die Injurie nach Ablauf eines Jahres auch ohne ausdrückliche Verzeihung außer alle Berücksichtigung falle, was doch Niemand in Beziehung auf das Recht der Enterbung behauptet. Aussöhnung der Gemüther kann als religiöse und moralische Pflicht erfüllt werden, ohne die Vermögensrechte zu berühren, denn kein Gesetz erstreckt hierauf die Wirkung der Aussöhnung, und kann es um so weniger, als die Enterbung eines unwürdigen Kindes oft selbst durch die väterlichen Pflichten gegen die würdigen Kinder, welchen durch die Schlechtigkeit jenes vielleicht schon beträchtlicher Schade an ihrem künftigen väterlichen Erbtheil erwachsen ist, geboten seyn kann.

Das Recht zur Ausschließung beruht auf dem schlechten Betragen des Pflichttheilsberechtigten, und nicht auf dem dadurch erregten Zorn des Testirers. Dieser braucht also auch nicht bis zur Todesstunde in Zorn und Unfrieden zu verharren, um sein Enterbungsrecht zu salviren; Hommel Rhaps. Vol. II. Obs. 389. Die Meinung der Gegner kann daher auch nicht mit der Nov. 115. bestehen, denn nach dieser hängt die Giltigkeit der Enterbung blos davon ab, ob nach des Testirers Tod die eingesetzten Erben die Existenz und Wahrheit des im Testament speciell genannten Enterbungsgrundes zu beweisen im Stande sind. Viel Gewicht ist aber auch in dieser Beziehung auf die l. 23. D. 28. 2. zu legen: filio, quem pater post emancipationem a se factam adrogavit, *exheredationem antea scriptam*

nocere, dixi; denn, wenn gleich diese Gesetzstelle zunächst nur auf die auch in l. 8. §. 7. D. 37. 4. ausgesprochene Ansicht zielt, daß durch die Arrogation das natürliche Band wieder hergestellt werde, mithin auch das ursprüngliche Rechtsverhältniß in Betracht komme, demnach ein solcher arrogatus nicht wie ein extraneus post arrogationem factam das Testament rumpire, Glück Thl. VII. S. 219., so ist doch auch damit bestätigt, daß selbst die eminenteste Art des Wohlwollens oder der Verzeihung, welche man in der Arrogation erkennen muß, die frühere Exheridation nicht unwirksam macht.

b) Ist die Verzeihung nach der im Testament ausgesprochenen Enterbung geschehen, so ist schon der einzige Grund für die von uns angenommene Meinung absolut entscheidend, daß ein Testament nicht nuda voluntate abgeändert werden kann, daher die bloße Sinnesänderung ohne allen Einfluß ist. Es ist hier ganz anders als bei Vermächtnissen, welche allerdings nuda voluntate, sogar ex voluntate praesumta ob inimicitias capitales vel gravissimas aufgehoben werden, gegen diese rechtliche Vermuthung muß dann freilich der erfolgten Reconciliation die gleiche Kraft einer entgegengesetzten rechtlichen Vermuthung zugeschrieben werden; l. 4. D. 34. 4. cfr. l. 9. pr. D. 34. 9. — l. 22. D. 34. 4. Eine förmliche feierliche Enterbung aber kann so wenig als eine Erbeinsetzung in das rechtliche Gebiet der Vermuthungen gezogen werden.

Zu 7) Die Beantwortung dieser Frage wird im Kap. X. §. 191. Fr. 2. von der Codicillarclausel den geeigneten Platz finden.

Zu 8) Die Bejahung dieser Frage erachtet jedem Zweifel, welcher etwa aus älteren Gesetzen, z. B. l. 30. §. 1. C. 3. 28. herbeigezogen werden möchte, durch die Nov. 115. entrückt v. Bülow Abhandlungen Thl. I. S. 245. Allein mit Recht bemerkt dagegen Francke R. d. Notherben S. 396: was hätte dann der auf solche derisorische Weise Eingesetzte, z. B. wenn der Testirer, nachdem er sein Vermögen schon vertheilt hat, ihn auf das Uebrige einsetzte, oder auf etwas, was Jenem schon eigen gehört, für ein Rechtsmittel? Eine Klage auf den Pflichttheil gibt es nicht, sondern nur ad supplendam legitimam, und diese schlüge hier nicht an. Richtiger scheint also die einfache Ansicht zu seyn, daß eine Erbernennung auf nichts ebenfalls nichts ist; cf. l. 17. § 3. D. 28. 5.

Zu 9) Ex benigna interpretatione, s. l. 12. l. 24. D. 34. 5. — l. 13. D. 28. 2., ist die zu Gunsten des Vaters und des Ehemanns

getroffene Dispoſition der testatrix auf den Fall zu verſtehen, wenn ihr zu erwartendes Kind, als ihr nächſter Erbe, durch deſſen früheren Tod hinwegfallen würde. Das Kind war alſo ein in conditione positus. Angeſehene Rechtsgelehrte ſind desfalls der Meinung: quoties apparet, testatorem dispositioni suae conditionem adposuisse, nulla alia commotum ratione, quam favore liberorum, quos in conditione posuit, ut scilicet hos ei praeferret, quem in conditionali dispositione nominavit, toties liberi positi in conditione sunt quoque in dispositione, non quidem expresse, sed tamen tacite comprehensi, et quidem per modum institutionis primae, cum contra is, qui positus est in conditionali dispositione expressa, vulgariter substitutus sit; Heisler D. de liberis positis in coditione, comprehensis etiam in dispositione. Cap. I. §. 15., Cap. II. §. 23., Schmidt hinterlaſſene Abhandl. Thl. II. no. 58. Dem iſt nun zwar l. 16. D. 28. 6. durchaus entgegen: Si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, *si vivo se* filius decedat: potest dici, non rumpi superius testamentum, quia *secundum non valet, in quo filius praeteritus sit.* Schon oben aber (Kap. III. §. 161. Fr. 2.), wo wir der herrſchenden Meinung erwähnten, daß eine Erbeinſetzung abſolut verbis dispositivis geſchehen müſſe, und eine ſolche institutio heredis tacita des in conditione positivis nicht dafür gelten könne, haben wir auf eine Stelle des Codex aufmerkſam gemacht, welche einer freieren Gedankenbewegung Raum gibt, und einen Willensausdruck nicht einer Redeform aufopfert: si modo liquebit voluntatis intentio; l. 15. C. 6. 23. Der vorliegende Fall, welcher in Geiger und Glück's merkw. Rechtsfällen Bd. III. S. 1. zur Beurtheilung kam, war beſonders geeignet, auch deren Verfaſſer zu der Anſicht hinzulenken, welche v. Vangerow a. a. O. §. 449. not. 1. dahin ausſpricht, daß h. z. T. nicht nach einer gleichſam ſtereotypen Redeform, ſondern nach der Beſchaffenheit des einzelnen Falles zu entſcheiden ſey, ob man in einer ſolchen Dispoſition eine Erbeinſetzung annehmen dürfe oder nicht.*) Eine Mutter, in den Geburtsſchmerzen, von der ihr und ihrem Kind nahenden Todesgefahr bedroht, verordnet: „wenn ich nach den gegenwärtigen Umſtänden und zwar nach meinem zu gebärenden Kinde ſterben würde, ſo ſollen mein Vater

---

*) Francke Recht der Notherben S. 398. bemerkt: auf die Enterbung der Nov. 115. können die mehreren ſubtilen Beſchränkungen der Exheredationen, z. B. daß man nicht ſagen dürfte: „A. ſoll Erbe ſeyn, und wenn er es wird, ſoll mein Sohn enterbt ſeyn“ und dergl. nicht angewendet werden, weil ſie blos deswegen erſonnen ſind, um die willkürlichen und deshalb gehäſſigen Enterbungen des älteren Rechts möglichſt zu beſchränken.

und mein Ehemann meine Erben seyn." Wer möchte hier annehmen, diese Mutter habe ihr Kind vergessen können, präteriren wollen, blos weil sie sich einer abgekürzten Redeform bediente? Liegt nicht deutlich der Gedanke zum Grund: mein Kind erkenne ich als meinen natürlichen Erben, wenn es aber vor mir stürbe rc.? Zwar läßt sich nichts dagegen einwenden, wenn Puchta Pand. § 473. Anmerk. c. sagt: eine eigentliche stillschweigende Erbeinsetzung sey überhaupt nicht möglich; aber es wird sich auch die Möglichkeit, daß ein Gedanke in oratione obliqua deutlich genug ausgedrückt sein könne, nicht durchaus und in allen Fällen leugnen lassen. Die letzten Willensäußerungen eines Sterbenden will das Gesetz nicht so strenge abgewogen wissen; nec neccessaria sunt momenta verborum, quae forte seminecis vel balbutiens lingua profudit; l. 15. C. 6. 23. Der erzählte Fall gestaltete sich noch folgendermaßen: Die Testirerin starb wenige Stunden nach der Errichtung ihres Testaments, nachdem das Kind zuvor stückweise von ihr war genommen worden. Ihr Vater focht nun das Testament als nichtig an, weil die Präterition ihres Kindes die Nichtigkeit desselben zur Folge habe. Dieser Anfechtung konnte aber aus folgenden Gründen nicht stattgegeben werden. Wenn postumi, die zur Zeit des errichteten Testaments noch nicht geboren waren, von der Mutter und mütterlichen Ascendenten übergangen worden sind, so ist darum das Testament nicht ruptum, sondern dagegen die querela inofficiosi anzustellen, §. 7. J. 2. 13. — l. 6. pr. l. 27. §. ult. D. 5. 2. — l. 3. C. 3. 28., welche aber der Vater der testatrix nicht anstellen konnte, weil er im Pflichttheil eingesetzt war. Auch könnte ein Testament durch einen übergangenen nasciturus nur dann rumpirt werden, wenn dieser lebend geboren worden wäre, was hier nicht der Fall war; l. 3. C. 6. 28. — l. 129. D. 50. 16.

§. 176.

3. Von den Enterbungsursachen und der Enterbung in guter Absicht.

Indem in Ansehung der gesetzlichen Enterbungsursachen im Allgemeinen auf deren vollständige Aufzählung in der Nov. 115. füglich verwiesen werden kann,*) dürften nur folgende Fragen sich zu einer näheren Betrachtung eignen:

*) Vergl. v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 128., Francke Recht d. Notherben rc. S. 404. [Arndts im Rechtslexikon III. S. 892 ff. u. VIII. S. 144 ff., v. Vangerow Leitfaden II. §. 484. No. II., Bering Röm. Erbr. S. 418 ff.]

1) Ist in Ansehung der in der Novelle ausdrücklich angeführten Enterbungsursachen auch Analogie zulässig?

1[a]) [Kann der Testator die Enterbung für den Fall des späteren Vorhandenseyns einer bestimmten Enterbungsursache aussprechen?]

2) Ist es eine giltige Enterbungsursache, wenn eine Tochter sich wider den Willen ihrer Eltern verehlicht? — oder

3) wenn sie sich einer ausschweifenden Lebensart überläßt?

4) Ist eine gegen eines der Eltern begangene schwere Beleidigung auch für den andern parens eine giltige Enterbungsursache? ist insbesondere der Vater berechtigt, den Sohn zu enterben, wenn dieser die Stiefmutter injuriirt hat?

5) Wenn Undankbarkeit als Grund zur Ausschließung eines Pflichttheilsberechtigten angegeben wird, muß da auch die causa ingratitudinis speciell angeführt werden?

6) Ist auch bei der exheredatio bona mente facta die Anführung einer Ursache nöthig? worin kann eine giltige Ursache bestehen? und wen trifft die Beweislast?

7) Ist auch bei Enterbung der Geschwister die Anführung einer Ursache nöthig?

8) Ist die Inofficiositätsklage der Geschwister gegen ein Testament, worin eine persona turpis eingesetzt ist, auch dann anwendbar, wenn der Testator ein von ihm außerehelich geschwächtes Mädchen oder sein uneheliches Kind zum Erben eingesetzt hat?

9) Erstreckt sich die gesetzliche Berücksichtigung der Geschwister außer den vollbürtigen und Halbgeschwistern vom Vater her auch auf uterini? ingleichen auch auf Geschwisterkinder?

10) Unter den 8 gesetzlichen Ursachen, aus welchen Kindern in der Nov. 115. gestattet ist, ihre Eltern zu enterben, befindet sich auch diese: si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese immiscuerit; es fragt sich aber, ob auch h. z. T. das anwendbar sey, was von der Concubine des Sohnes gesagt ist?

11) Ist der Enterbungsgrund: si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam, nur auf die sui beschränkt zu verstehen?

12) Nach dem älteren Recht konnten die noch in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder, wenn sie über ihr peculium

castrense und quasi castrense testirten, ihre Eltern nach Belieben übergehen, l. ult. C. 3. 28. — l. ult. C. 6. 22., es fragt sich aber, ob dies nicht durch die Nov. 115. c. 4. als aufgehoben anzusehen ist?

Zu 1) Die Worte der Novelle: ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur, haben viele Rechtslehrer bestimmt, bei dem Enterbungsrecht zwischen Ascendenten und Descendenten (denn in Ansehung der Geschwister ist unbestritten die Beurtheilung dem Richter überlassen, s. Glück Thl. VII. S. 268.) sich gegen jede logische Ausdehnung zu erklären*), s. die Lehrbücher von Thibaut §. 965. (Ed. 8.), Mackeldey §. 660., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 492. (142.), Seuffert Bd. III. §. 656., Glück a. a. O. S. 248., Thl. XXXVII. S. 176. und die vielen da citirten Schriften. Dies würde aber zuweilen zu irrationellen Resultaten führen, z. B. weil die Novelle nur dies als Enterbungsgrund erklärt, wenn der Sohn mit seiner Stiefmutter oder mit der Concubine seines Vaters Unzucht treibt, so sey der Fall nicht inbegriffen, wenn er mit seiner leiblichen Mutter sich verunkeuscht, oder der Fall, wenn sich der Sohn in eine Räuberbande begibt, könne nicht in der Disposition der Novelle begriffen werden, welche nur von einer Verbindung mit Giftmischern und Zauberern, mit Thierkämpfern und Mimen spricht. Es ist daher gewiß denjenigen Rechtslehrern beizustimmen, welche in den Gesetzesworten nur den Sinn finden, daß aus keinem andern, als diesem Gesetz, Enterbungsgründe geschöpft und auch nicht aus der allgemeinen ratio legis (Undankbarkeit und schlechte verächtliche Lebensart) Enterbungsgründe abgeleitet werden dürfen, welche in demselben nicht aufgeführt sind, daß aber die in ihm enthaltenen Enterbungsursachen allerdings einem rationellen Verständniß unterworfen bleiben, daß es bei diesem, wie bei jedem andern Gesetz innerhalb der Richtersphäre unbestreitbar liege, dasselbe logisch auszulegen, sensum potius quam verba spectare, und wie Cocceji jus controv. Lib. V. tit. 2. qu. 13. sagt: causas, quae intellectu juris eaedem sunt, als inbegriffen

---

*) So darf man allerdings den Enterbungsgrund der Nov., wenn Kinder sich thätlich an den Eltern vergreifen, versteht sich den Fall der Nothwehr ausgenommen, nicht auf bloße Drohungen ausdehnen, s. Glück Thl. VII. S. 211., wenn anders diese nicht an sich eine gravis et inhonesta injuria involviren, s. Francke Recht d. Notherben §. 32. S. 404.

anzunehmen, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 484. 339. der 6. Aufl., Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. II. §. 1116. not. 6., Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen S. 230., Francke Notherbenrecht S. 414. und A. Schmidt R. d. Notherben S. 163. Immerhin ist freilich dabei mit Vorsicht zu verfahren, z. B. wäre es gegen die Grundsätze einer stricten Interpretation, die Mutter zur Enterbung ihrer Tochter für berechtigt zu erachten, wenn letztere mit dem Stiefvater concumbirt hat, s. v. Buchholtz a. a. O. S. 131., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVII. S. 147., oder einen Grund zur Enterbung anzunehmen, wenn der Sohn mit seiner Schwester Blutschande getrieben hat, s. Francke a. a. O., Höpfner Instit. §. 480.

Zu 1a) [Mit Recht macht v. Vangerow Leitf. II. §. 484. a. E. gegen Mühlenbruch darauf aufmerksam, daß jene Frage, m. a. W. die Frage, ob eine Enterbungsursache bedingungsweise ausgedrückt werden könne, wohl zu unterscheiden sey von der anderen Frage, ob Ausschließung eines Notherben unter einer Bedingung nach Nov. 115. zuläßig sey. In der Bejahung dieser letzteren Frage stimmen v. Vangerow a. a. O. und A. Schmidt R. d. Notherben S. 165. Anm. 35. überein, wogegen die erstere Frage von v. Vangerow a. a. O. verneint, aber von A. Schmidt a. a. O. bejaht wird. Letzterer bemerkt dazu: Gewiß ist richtig, daß Justinian nur von solchen Gründen redet, die bei der Errichtung des Testamentes schon vorhanden waren. Aber damit erledigt sich die Frage nicht; vielmehr wird es auf die Ermittelung des Willens des Gesetzgebers, also darauf ankommen, ob jener Fassung die Absicht zu Grunde lag, die Zuläßigkeit noch nicht vorhandener Gründe überhaupt zu beseitigen. Das aber wird man keineswegs schlechthin bejahen können, im Gegentheil ist anzunehmen, daß der Kaiser selber gegen folgende letztwillige Bestimmung nichts würde eingewendet haben: „Meine Tochter, welche wiederholt die Neigung zum Theater kund gegeben hat, schließe ich für den Fall vom Nachlaß aus, daß sie unter die Schauspieler geht." Aber dennoch hat die Sache eine natürliche Grenze: jene Pietät, welche die Basis bildet, gebührt dem Lebenden; unmöglich kann die Meinung des Gesetzes dahin gehen, daß der Enterbungsgrund der Zeit nach dem Tode des Erblassers entnommen werden dürfe.]

Zu 2) Die Meinungen sind hierüber sehr verschieden. Einige statuiren: nur eine minorenne Tochter könne*) enterbt werden, wenn

*) Und zwar da die Novelle von den Eltern überhaupt spricht, so muß dieses Enterbungsrecht wohl gegen die Meinung Gribner's in Diss. de ex-

sie gegen den Willen der Eltern heirathe, s. Höpfner a. a. O. §. 478., vergl. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 377. (329.) Andere: die Kinder könnten überhaupt aus dieser Ursache nicht enterbt werden, Walch Controv. jur. civ. pag. 206. (Ed. 3.), Stryck de cautel. testam. cap. 19. §. 35., Struv. Synt. jur. civ. Ex. 32. th. 34. und wieder Andere beschränken das Enterbungsrecht der Eltern auf den Fall, wenn die Tochter eine schimpfliche Heirath schließt, s. Heisler Erörterung der Frage: sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheirathen, zu enterben befugt? Halle 1783., Runde deutsch. Privatr. §. 564., vergl. Glück Thl. VII. S. 236., Thl. XXXVII. S. 153. Nach der Sächsischen Eheordnung v. J. 1624 sind Eltern unter gewissen Voraussetzungen berechtigt, ihre Kinder, welche ohne oder gegen deren Willen ein Ehegelöbniß abgeschlossen haben, zu enterben, s. v. Hartitzsch Entscheid. no. 161. Daß gegen Söhne diese Enterbungsursache überhaupt nicht stattfinde, weil sie in der Nov. 115. nur gegen Töchter verhängt ist, unterliegt wohl keinem Zweifel, Glück a. a. O. Bd. VII. S. 243., was aber die Töchter anbetrifft, so wird die Entscheidung immerhin dem richterlichen vernünftigen Ermessen überlassen bleiben müssen, und nur aus dem Geist der Gesetze geschöpft werden können. Nach der Nov. 115. c. 3. §. 11. soll nämlich eine wider den Willen der Eltern von der Tochter geschlossene Ehe alsdann keinen Grund zur Enterbung abgeben, wenn sie schon zu einem 25jährigen Alter gelangt ist, und die Eltern zögern, sie mit einem Mann zu verbinden. Das s. g. Interim*) tit. 21. §. 9. u. 10. bestimmt: daß die Kinder sich ohne Rath und Bewilligung der Eltern nicht verheirathen, die Eltern aber auch ihre Gewalt in Verhinderung oder Trennung der Ehe nicht mißbrauchen sollen, und ob dieselben den Ungehorsam ihrer Kinder mit Vorenthaltung der Erbschaft oder zum wenigsten mit Verringerung des Heirathsguts oder in andere Wege zu strafen befugt seyen, dem richterlichen Ermessen überlassen bleibe.

Zu 3) Nach dem wörtlichen Inhalt der Nov. gibt dies den Eltern nur dann ein Recht zur Enterbung, wenn die Eltern der Tochter einen Mann hatten geben und sie ausstatten wollen, die Tochter

---

heredatione liberor. Lips. 1707. pag. 14. der Mutter ebenso wie dem Vater zugestanden werden, aber wohl nicht den Großeltern, s. Höpfner a. a. O. §. 478. not. 6.

*) Welches freilich nicht als allgemein angenommenes Reichsgesetz zu betrachten ist, s. Eichhorn Kirchenrecht Bd. II. S. 369., Schott Eherecht S. 186.

aber ein wollüstiges Leben vorgezogen hat; nicht aber, wenn die Tochter 25 Jahre alt geworden ist und die Eltern um ihre eheliche Versorgung unbekümmert geblieben sind. Die Unbestimmtheit dieses Gesetzes und die Verschiedenheit der heutigen Sitten und Zustände hat auch hier zu verschiedener Auslegung Anlaß gegeben, vergl. Francke Notherbenrecht S. 407., Glück a. a. O. Alles Gewicht ist hier wohl nach Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVII. S. 160. auf die verächtliche Gesinnung solcher Töchter zu legen, die ein zügelloses Leben führen, da es ihnen doch an Gelegenheit sich zu verheirathen nicht fehlte, nicht aber ist mit Glück a. a. O. S. 241. dieser Enterbungsgrund auf jedes verführte Mädchen anzuwenden, da ein einziger Fehltritt, welcher ja die Besserung nicht ausschließt, nicht einem unsittlichen Wandel gleichzustellen ist, s. Mühlenbruch a. a. O., v. Hartitzsch Entscheid. no. 162.

Zu 4) Die bejahende Meinung, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 492. (142.) not. x., Pufendorf Obs. T. II. obs. 6., Höpfner Instit. §. 478. no. 2.*), hat darin, daß die Nov. 115. allgemein von dem Recht der Eltern, ihre Kinder aus gewissen Ursachen von der Erbschaft auszuschließen spricht, wohl keinen zureichenden Grund, daher ihr, besonders wegen nothwendiger stricter Auslegung bedeutende Autoritäten entgegenstehen, s. v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 144., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVII. S. 171., Francke Recht d. Notherben S. 105., v. Vangerow II. §. 484. S. 339. der 6. Aufl. [Für die erstere Ansicht spricht sich neuerdings wieder A. Schmidt R. d. Notherben S. 164. aus, indem er bemerkt: Diese Frage wird gewöhnlich verneint; ich glaube, daß sie nach dem Geiste des Gesetzes der Regel nach zu bejahen sey. Denn wer in der Gemeinschaft mit Giftmischern einen Enterbungsgrund sieht, der kann sich nicht füglich bedenken, dem Vater das Recht zuzugestehen, daß er den Sohn deshalb enterbe, weil derselbe der Mutter nach dem Leben getrachtet hat. Ein solches Benehmen ist im Sinne des Gesetzes offenbar ἀχαριστία auch gegen den anderen Theil.]

Zu 5) Es ist genug, wenn der Testator in seiner Disposition den Notherben als einen Undankbaren erklärt, ohne daß es nöthig ist, den Grund selbst anzuführen, l. 30. pr. C. 3. 28., v. Wening-Ingenheim a. a. O., Seuffert u. Glück's Blätter für Rechts-

---

*) Welcher indessen zugibt, daß der Vater seinen Sohn deswegen, weil er die Stiefmutter injuriirte, nicht enterben könne, s. auch Glück Thl. VII. S. 216.

anwendung Bd. III. S. 365. Die specielle Substantiirung liegt dann dem excipirenden Testamentserben ob.

Zu 6) Die Frage könnte überflüssig scheinen, wenn man nach der selbst in manche deutsche Landesgesetze, s. z. B. Cod. Civil. Bavar. P. III. tit. 3. §. 16., übergegangenen Meinung mehrerer Rechtslehrer die Enterbung in guter Absicht des älteren Rechts deswegen als gar nicht mehr praktisch ansehen dürfte, weil Justinian lauter bestimmte Enterbungsursachen und nur diese in der Nov. 115. statuirt, s. Hommel Rhaps. Vol. V. Obs. 652., Unterholzner im civilist. Archiv Bd. II. S. 35., Bluntschli a. a. O. S. 233., Francke Notherbenr. S. 423. Allein die Praxis hat diesen Zweifeln und wohl aus guten Gründen, s. Zimmern im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 153. nicht Raum gegeben. Demzufolge hat die gemeine Meinung der meisten neueren Rechtslehrer gegen frühere Dessentienten, s. Boehmer jus novum controv. T. II. Obs 62., Stryck Usus mod. Pand. Lib. 28 tit. 2. § 10., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1702 not. i., Westphal von Testamenten § 598., sich auch dahin entschieden, daß bei der Enterbung in guter Absicht nicht minder die Ursache angeführt werden müsse, weil die Nov. 115. allgemein vorschreibt: addita causa necessitateque judicii sui, cf L. 16 D. 27. 10., G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. I. S. 247., Thibaut System § 965. (Ed. 8.), Glück Thl. VII. S. 262. ꝛc., Thl. XXXVII. S. 394., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 492. (146.) u. A. m., sowie daß auch in diesem Fall die Enterbung ausdrücklich geschehen müsse; Zimmern a. a. O. Vergl. jedoch A. Schmidt R. d. Notherben, S. 169. Anm. 52. Daß auch da der Erbe die Wahrheit der Enterbungsursache beweisen müsse, ist zwar nicht unbezweifelt, jedoch die bejahende Meinung vorherrschend, s. Glück a. a. O. S. 263., v. Wening-Ingenheim a. a. O In Ansehung der Enterbungsursachen geht besonders mehrerer älterer Rechtslehrer Meinung, s. Wernher Obs. for. T. I. P. I. obs. 312., dahin, daß nur die in l. 16. §. 2 D. 27. 10. — l. 18. D. 28. 2. — l. 12. §. 2. D. 38. 2. — l. 25. C. 3. 28. enthaltenen gelten könnten, nämlich wenn die Kinder blödsinnig oder verschwenderisch sind, oder wenn sie sich noch in der Unmündigkeit befinden, und der Vater aus Besorgniß, das Vermögen möchte in unsichere Hände kommen, zu dessen Verhütung den eingesetzten Erben verpflichtet, nächst einstweiliger Verpflegung der Kinder denselben nach erreichter Mündigkeit die Erbschaft als ein Fideicommiß wieder abzutreten. Die Praxis aber folgt zufolge der in leg. cit. gebrauchten Partikeln ut puta und ut puta pone im Allgemeinen der ratio legis,

und begreift darin alle Fälle, wo eine Gefahr vorhanden ist, daß der Notherbe, wenn man ihm die Erbschaft überlassen würde, entweder durch sein eigenes Betragen oder durch das Verfahren Anderer mit ihm darum kommen würde; Glück Thl. VII. S. 257., v. Wening=Ingenheim a. a. O., Thibaut System a. a. O. Letzteres darf aber freilich nicht in ausgedehntem Sinne genommen werden. So wurde z. B. gegen die Giltigkeit einer exheredatio bona mente entschieden, welche die Mutter aus dem Grund vornahm, weil sie von der von ihrer Schwiegertochter über ihren Mann bewiesenen Gewalt befürchtete, daß dieselbe sich mit dem Erbgut bereichern würde; Glück Thl. XXXVII. S. 453. ꝛc. Verschiedenartige Fälle s. Ayrer Diss. de jure parentis legitimam liberorum gravandi. §. 27. u. 28., Huber Praelect. ad Pand. Lib. V. tit. 2. §. 19., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 2. §. 9., v. Keller Pand. §. 515. Außer Zweifel ist übrigens, daß sowohl Eltern ihre Kinder als umgekehrt Kinder ihre Eltern in guter Absicht enterben können, sehr zweifelhaft aber, ob auch Geschwister, denen man eine persona turpis vorgezogen hat, bona mente enterbt werden können. Die verneinende Meinung ist gegen Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1702. und mehrerer von ihm angeführte Autoritäten darauf begründet, daß das Eine mit dem Andern unvereinbarlich scheint, s. Glück Thl. VII. S. 261.

Zu 7) Bezüglich der Enterbung der Geschwister — vorausgesetzt nämlich, daß eine persona turpis eingesetzt ist, und der Querulant nicht in pari turpitudine versirt, arg. l. 11. C. 3. 28., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. no. 219., hat Justinian nicht specielle Enterbungsursachen aufgestellt, mithin brauchen auch dergleichen im Testament nicht angeführt zu werden; Donell. Comm. Lib. XIX. c. IV. §. 11. Es blieb also beim älteren Recht, wonach schlechtes Betragen oder Undank stattgefunden haben muß. Der Querulant hat den Beweis seines guten Betragens im Allgemeinen zu liefern, sind aber im Testament specielle Thatsachen eines unwürdigen Betragens angeführt, so muß der Testamentserbe sie im Fall des Widerspruchs beweisen; Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 965., v. Wening=Ingenheim a. a. O. §. 494. (148.), Vering Röm. Erbr. S. 428.

Zu 8) Diese Frage ist wohl gegen Pufendorf Obs. T. IV. obs 47. vielmehr zu verneinen, denn ein natürliches Kind ist nicht persona turpis und die Geschwächte ist es nur dann, wenn sie mit ihrem Körper Gewerb treibt, oder überhaupt einen verächtlichen Lebenswandel führt; s. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 64., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 474. S. 297. der

6. Aufl., Höpfner Instit. §. 473. not. 7., Glück Thl. V. S. 212., Thl. VI. S. 579., Erk. d. O.=A.=Ger. in München in den Bl. f. Rechtsanw. von Seuffert u. Glück Bd. XII. Erg. no. 2. Bd. XVII. S. 32. u. d. O.=A.=Ger. in Cassel in Strippelmann's Samml. Th. II. S. 86.

Zu 9) Darüber ist man einig, daß das ältere Recht den uterini das Pflichttheilsrecht abspricht, l. 21. l. 27. C. 3. 28. — l. 8. §. 5. D. 5. 2. — l. 3. C. Th. 2. 19., uneinig aber darüber, ob dies sich nicht nach dem Recht der Novellen anders verhalte, nachdem durch sie der Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben ist. Die meisten Autoritäten sind aber dafür, daß darin nichts durch die Novellen geändert sey. Das Uebergewicht der Gründe hierfür ist vorzüglich entwickelt von G. L. Boehmer Elect. jur. civ. T. I. pag. 250., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 474. no. 3., Glück Thl. VII. S. 14., Thl. XXXV. S. 230., s. auch Höpfner Instit. §. 473. u. not. 6., Thibaut System §. 961. (Ed. 8.), Francke Notherbenrecht S. 192., Puchta Pand. §. 488.*) Durch eben die irrige Folgerung vom Intestaterbrecht auf das Pflichttheilsrecht, welche der von Mehreren angenommenen Erstreckung der Querel auf uterini zum Grund liegt, wurde auch die vermeintliche Erstreckung auf die Geschwisterkinder veranlaßt, welcher doch §. 1. J. 2. 18. — l. 1. D. 5. 2. — l. 21. C. 3. 28. entgegensteht, und welche nun wohl als allgemein verworfen anzusehen ist, obgleich Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. §. 656. not. h. die Frage in der Theorie noch als zweifelhaft ansieht.

Zu 10) Gewiß mit Recht hat Westphal von Testamenten §. 563. und Glück Thl. VII. S. 245. bemerkt: wegen der Concubine des Sohnes**) fällt h. z. T. die Enterbung des Vaters weg, da beide in pari reatu sind; und schwerlich möchte man Mühlenbruch a. a. O. Thl. XXXVII. S. 168. beistimmen, wenn er diesen Enterbungsgrund noch als uneingeschränkt geltend behandelt.

Zu 11) v. Buchholtz in den jur. Abhandl. S. 141. erklärt auch diese Bestimmungder Novelle, sowie die vorerwähnte blos von Hauskindern, wogegen sie aus etymologischen Gründen überhaupt von

---

*) Auch v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 489. (136.) der 4ten Aufl.; denn wenn es da heißt: Pflichttheilsberechtigte sind die Geschwister — consanguinei und uterini, so ist offenbar nur durch einen Druckfehler und statt nicht gesetzt.

**) Nämlich des Haussohns oder Suus, s. v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 141. no. 3. u. not. 33., Mühlenbruch Thl. XXXVII. S. 169.

eigenen Kindern versteht Mühlenbruch a. a. O., Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 369.

Zu 12) Mehrere Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß durch die Nov. 115. jenes Recht nicht aufgehoben sey, indem durch ein allgemeines Gesetz frühere jura singularia nicht außer Wirksamkeit gesetzt würden. Hierzu kommt, daß Justinian das gleichartige Privilegium der Söhne der Geistlichen durch die Nov. 123. c. 19. ausdrücklich aufgehoben hat, was er nicht nöthig gehabt hätte, wenn es schon durch die Nov. 115. für aufgehoben zu erachten gewesen wäre; Donell. Comm. Lib. 19. c. 5. §. 14., Lauterbach Coll. th. pr. Lib. V. tit. 2. §. 28., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1707., Glück Thl. VII. S. 486. Dagegen wird aber wohl mit besserem Grund eingewendet: die Worte der Nov. 115 non licere liberis, parentes suos praeterire aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, begreifen in dem Verbot ausdrücklich auch das peculium castrense et quasi castrense, denn nur auf dieses kann die testandi licentia bezogen werden, auf ein anderes peculium können sie nicht gehen, über ein anderes können Hauskinder nicht testiren, und auf Kinder, die nicht mehr in der väterlichen Gewalt sind, können jene Worte auch nicht bezogen werden, weil diese keiner Dispositionsbeschränkung unterworfen waren, von was immer für einer Art ihr Vermögen seyn mochte. — Demnach kann blos daraus, daß Justinian es zweckmäßig hielt, das Privilegium der Söhne der Geistlichen in der Nov. 123. cap. 19. insbesondere als aufgehoben zu erklären, nicht gefolgert werden, daß eine solche wiederholte Bestimmung in einem oder dem andern Fall nothwendig gewesen wäre. Den Kindern geistlichen Standes war es überdies schon durch die Nov. 115. c. 4. benommen, da dieselbe ohne Einschränkung spricht, und keinerlei Kinder ausnimmt; s. Francke Notherbenrecht §. 35. S. 450., Gebr. Overbeck Meditt. B. II. S. 158., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 216.

---

§. 177.

4. Von dem Recht des Pflichttheils.

1) Von wem kann die Inofficiositäts-, vielmehr Nichtigkeitsklage angestellt werden, mit welcher Wirkung? und wem liegt der Beweis der unrechtmäßigen Enterbung ob?
2) Inwiefern kann diese Klage auch auf die Erben transmittirt werden?

3) Gegen wenn kann die Klage angestellt werden und mit welcher Wirkung?
4) Wird der am Pflichttheil Verletzte der Klage durch die Annahme eines ihm im Testament ausgesetzten Legats verlustig?
5) Kann dem Pflichttheil im Voraus giltig entsagt werden?
6) Ist nach dem Justinianeischen Recht der Pflichttheil noch, wie früher, auf $^1/_4$ oder resp. $^1/_3$ der Intestaterbportion, insbesondere auch bei Eltern und Geschwistern, anzunehmen?
7) Ist bei dessen Berechnung auch dasjenige Kind mitzuzählen, welches bei Lebzeiten des verstorbenen Ascendenten der künftigen Erbschaft entsagt hat?
8) Wie wird der Pflichttheil berechnet, wenn die überlebende Ehefrau mit pflichttheilsberechtigten Notherben entweder nach gemeinen oder statutarischen Rechten als Miterbin concurrirt?
9) Was darf in den Pflichttheil eingerechnet werden?
10) Wie ist der Pflichttheil der Kinder und Enkel zu berechnen?
11) Was ist Rechtens hinsichtlich des Ranges, wenn mehrere Pflichttheilsberechtigte zusammentreffen?
12) Inwiefern leidet der Grundsatz, daß der Pflichttheil mit nichts belastet werden darf, eine Ausnahme? Cautela Socini.
13) Ist es genügend, wenn der Pflichttheil in Erträgnissen und Früchten einer künftig zu restituirenden erbschaftlichen Sache, oder auch, wenn ein bestimmtes Erbschaftsstück anstatt des Pflichttheils angewiesen wird?
14) Ist es als eine unzulässige Beschwerung des Pflichttheils zu erachten, wenn der Vater seine Kinder in der bloßen Proprietät seiner Güter zu Erben einsetzt, den Nießbrauch des ganzen Vermögens aber seiner Gattin auf ihr Leben lang überläßt?
15) Kann eine Mutter, welche ihren Kindern nur den Pflichttheil hinterläßt, dem Vater derselben, in dessen Gewalt sie noch sind, den gesetzlichen Nießbrauch entziehen?
16) Ist es einem Verzicht des Notherben auf die Testamentsanfechtung gleich zu achten, wenn er, nachdem er vom Testamentserben als Schuldner des Nachlasses verklagt worden, gegen die Klage aus der Sache selbst und nicht aus seinem Recht als Notherbe excipirt?
17) [Inwiefern ist in der Auflage einer gegenseitigen Fideicommißrestitution an die überlebenden Geschwister eine Pflichttheilsverletzung enthalten?]

Zu 1) Wir müssen uns hier zuvörderst an den von uns angenommenen Grundsatz erinnern, daß Ascendenten und Descendenten die Inofficiositätsklage gegenseitig gar nicht, sondern nur eine Nichtigkeitsklage aus der Nov. 115. anzustellen haben, mittels welcher sie jedoch blos die Erbeinsetzung umstoßen, während die anderen vom Testator getroffenen Dispositionen bei Kräften bleiben. Für Geschwister bleibt es übrigens noch bei dem alten Recht hinsichtlich der Inofficiositätsklage.

In Ansehung der Beweisfrage scheint nach der ausdrücklichen Bestimmung der Nov. 115. c. 3. §. 14. über die Enterbungsfälle zwischen Descendenten und Ascendenten kein Zweifel obzuwalten, daß der Erbe die Wahrheit der angeführten Enterbungsursache beweisen müsse; s. Francke Notherbenrecht S. 293., Höpfner Instit. §. 477. not. 2. §. 533. u. not. 1., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 494. (148.), Glück Thl. VII. S. 400., Hunger das röm. Erbrecht S. 223. Wenn dagegen mehrere Schriftsteller, insbesondere v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 478. S. 311. der 6. Aufl. auf die älteren Verordnungen hinweisen, wonach dem Kläger vielmehr aufgegeben war: docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum, l. 3. l. 5. D. 5. 2., so ist dagegen zu erwidern, daß, nachdem die Nov. 115. das materielle Recht an feste bestimmte Normen gebunden hat, nicht mehr, wie zuvor von so schwankenden Sätzen und deren Beweis die Rede seyn kann, wie jener, daß Kläger ein gutes Betragen gegen den Testator beobachtet habe. Gewiß ist auch Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVII. §. 1423., besonders S. 127. u. 139. not. 27. ungeachtet mancher unbestimmter Aeußerungen nur so zu verstehen, daß auf dem Standpunkt der Nov. 115. durchaus kein anderer als der dem Testamentserben obliegende Beweis der Wahrheit der vom Testirer geltend gemachten Enterbungsursache gefordert werden könne; Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß Abschn. VI. §. 26.

In Ansehung der Inofficiositätsklage hintangesetzter Geschwister unterliegt es dagegen, weil es rücksichtlich dieser überhaupt beim älteren Recht geblieben, und die Beifügung einer Ursache zur Ausschließung nicht nöthig ist, keinem Zweifel, daß der Kläger beweisen müsse, sowohl daß die eingesetzte Person eine persona turpis sey, als daß er die Enterbung nicht verdient, nämlich, daß er sich stets brüderlich gegen den Erblasser verhalten habe; jedoch, wenn etwa im Testament — ohne Noth — dem Hintangesetzten ein besonderes Unrecht zum Vorwurf gemacht ist, dessen Bewahrheitung dem Beklagten im Weg des Gegenbeweises überlassen bleibe, s. Höpfner Instit. §. 533.

not. 2., Glück Thl. VII. S. 319 rc. Thl. XXXVII. S. 380. Die Meinung Einiger, daß es zur Begründung dieser Klage überhaupt genüge, daß eine persona turpis eingesetzt ist,*) mithin gar kein weiterer Beweis und insbesondere nicht der Beweis einer Negative gefordert werden könne, s. Müller ad Leyser T. I. Fasc. II. obs. 231., Cocceji controv. jur. civ. Lib. V. tit. 2. qu. 10., oder auch, daß das Princip der Novelle auch auf die Geschwister dahin anzuwenden sey, daß der Erbe eine von dem Ausgeschlossenen begangene Undankbarkeit zu beweisen hätte, s. Griebner Diss. utrum fratres etc., in Opusc. T. V. Sect. II. pag. 21., Leyser Sp. 93. corr. 1. u. A. m., hat die Gesetze nicht für sich. Ueber die Frage: was zum Gegenbeweis erfordert werde, nämlich, was als relevant für den Beweis der von dem Ausgeschlossenen begangenen Pflichtwidrigkeit anzusehen sey, sind die Meinungen abermals getheilt, weil hier nicht, wie bei Ascendenten und Descendenten, die causae ingratitudinis speciell festgesetzt sind. Mehrere Rechtsgelehrte glaubten diese in der Nov. 22. c. 47. zu finden, s. Westphal von Testamenten §. 607., Malblanc Princ. jur. Rom. P. II. §. 700., allein dort sind nur die Fälle enthalten, welche den Verlust des gesetzlichen Erbfolgerechts zur Folge haben, und von diesen läßt sich wohl nicht absolut in Beziehung auf die Freiheit des Testirers ein Schluß ziehen. Wenn nun gleich hie und da behauptet wird, daß die Praxis sich dafür erklärt habe, s. Hunger röm. Erbrecht S. 219. not. 1., Hartitzsch Erbrecht §. 121., so sprechen doch die vielen bei Glück Thl. VII. S. 206. Thl. XXXVII. S. 382. not. 64. angeführten Schriftsteller, welchen auch Höpfner Instit. §. 477. u. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 478. beizuzählen sind, vielmehr dieses als die herrschende Ansicht aus: daß die Rechtfertigungsgründe der Ausschließung der Geschwister nicht auf die in Nov. 22. c. 47. aufgeführten Indignitätsgründe beschränkt seyen, sondern auf dem Ermessen des Richters beruhen, welcher die Enterbungsursachen der Nov. 115. nur analog in Anwendung bringen kann.

Zu 2) Von der Regel, daß der Notherbe die Inofficiositätsklage nur dann auf seine Erben transmittiren kann, wenn er sie bei Leb-

---

*) Eine hiermit in Zusammenhang stehende singulaire Meinung, daß die Geschwister eigentlich gar nicht pflichttheilsberechtigt, sondern nur berechtigt seyen, eine persona inhonesta auszustoßen, und dies selbst dann, wenn ihnen der Testator sogar mehr vermacht hat, als Eltern oder Kindern als Notherben gegeben werden muß, s. Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. no. 7., hat in Praxi keine Wurzel geschlagen; s. dagegen Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV, S. 89. Thl. XXXIX. S. 272., Braun Erörter. zu Thibaut §. 810., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 474. S. 297. der 6. Aufl.

zeiten wenigstens vorbereitet, l. 5. C. 3. 28. — l. 6. §. 2. l. 7. l. 8. pr. D. 5. 2., d. i. nach l. 5. cit., wenn er wenigstens auf irgend eine bestimmte Art erklärt hat, sie anstellen zu wollen, cf. Vering Röm. Erbr. S. 400., gilt nur eine begünstigende Ausnahme für Descendenten,*) welche aber schwerlich mit Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 343. ganz unbedingt, sondern nur für den Fall, der gemeinen Meinung nach, zu behaupten seyn wird, wenn der Notherbe vor der Erklärung des Testamentserben, nämlich während dieser noch deliberirte, gestorben ist; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 478. no. 3., Glück Thl. VII. S. 464. Thl. XXXV. S. 463. Thl. XLIII. S. 225., Francke Notherbenr. S. 317., Braun Erörter. zu Thibaut §. 818. S. 753.

Zu 3) Die Querel ist zwar eine qualificirte Erbschaftsklage, hereditatis petitio ex causa inofficiosi, aber in so weit beschränkt, daß sie nicht gegen jeden Besitzer geht, sondern nur gegen den Testamentserben und gegen jeden, der an dessen Stelle tritt, l. 1. C. 3. 28., also auch gegen den fiscus, wenn er succedirt, s. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 135., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 478. no. 4., Glück Thl. VII. S. 556. Thl. XXXV. §. 1421 a., Vering Röm. Erbr. S. 400. Abweichende Ansichten s. v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 107. not. 6. Da sie aber so lange nicht angestellt werden kann, als der Testamentserbe nicht wirklich die Erbschaft angetreten hat, so muß diesem auf Ansuchen des Klägers eine präclusive Frist zur Erklärung darüber präfigirt werden.

Die Wirkung der Querel ist, daß die Intestaterbfolge dadurch herbeigeführt wird und die Erbschaftserwerbung von Seite des Testamentserben hinwegfällt, jedoch nur für den Theil, welchen der Querulant ab intestato fordern kann, l. 8. §. 8. D. 5. 2., daher nach Umständen seine hereditatis petitio nur partiaria seyn kann.**) Vering

*) Hierbei ist an die frühere Bemerkung zu erinnern, daß Ascendenten und Descendenten jetzt wegen der ihnen zustehenden Nullitätsklage ex jure novo keinen Gebrauch mehr von der blos im Mangel einer anderen Klage zulässigen und durch eine 5jährige Präscriptionszeit beschränkten Inofficiositätsklage zu machen haben, s. Thibaut System §. 970. (Ed. 8.), und daß dieselbe ganz wegfällt gegen ein vom Soldaten im Feld errichtetes Testament, §. 6. J. 2. 13. — l. 9. C. 3. 38. — l. 9. 10. vergl. mit l. 17. C. 6. 21., sowie auch gegen eine Pupillarsubstitution, l. 8. §. 5. D. 5. 2., Zimmern röm. rechtl. Untersuchungen Bd. I. S. 83., Thibaut im civilist. Archiv Bd. V. S. 345.

**) Die hieraus entspringende Folge, daß neben dem Intestaterben auch ein Testamentserbe bestehen kann, verliert das Auffallende, wenn man die ihr

Röm. Erbr. S. 405 ff. Insoweit müssen auch schon bezahlte Vermächtnisse in der Regel zurückgezahlt werden, weshalb den Querulanten eine actio utilis gegeben ist, l. 8. §. 16. D. 5. 2. — l. 2. §. 1. D. 12. 6. falls der Testamentserbe nicht selbst die Rückzahlung bewirken kann, wozu er verbunden ist, wenn ihm der geleisteten Zahlung wegen eine Verschuldung zur Last fällt, z. B. indem er nach schon angebrachter Querel oder auch bei deren gewisser Voraussicht noch Legate entrichtete. Die verschiedene Gestaltung der Fälle, in welchen die Inofficiositätsklage völlige oder theilweise Rescission bewirkt, findet man gründlich erörtert in v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 479., Glück Thl. VII. S. 422. Thl. XXXV. S. 374. u. 397., wo auch das Princip der subjectiv, nämlich blos auf das Recht des Querulanten beschränkten Wirkung der Querel gegen die Meinung Einiger, welche davon gewisse Ausnahmen statuiren (s. Huschke im Rhein. Museum Bd. VI. S. 341.), consequent durchgeführt wird, s. auch Francke Notherbenrecht S. 299., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 966., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 494. (149.), cf. l. 24. D. 5. 2. — l. 27. C. 3. 28.

Streitig ist, ob bei der Querel der Geschwister die Vermächtnisse und Fideicommisse giltig bleiben, oder vielmehr mit der Erbeinsetzung zu Grunde gehen. Das Erstere kann man nur behaupten, wenn man annimmt, daß die Nov. 115. nothwendig auch auf die Geschwister, — wenn sie gleich auf sie gar nicht gerichtet ist — ausgedehnt werden müsse, weil diese sonst bei dem Gebrauch der Inofficiositätsklage viel vortheilhafter daran wären, als selbst Descendenten und Ascendenten; s. Voet Comm. ad Pand. Lib. V. tit. 2. §. 13., Westphal von Testamenten §. 607. u. 1043., Leyser Sp. 94. Corr. 2., Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden Bd. III. S. 14. Die meisten Rechtslehrer vertheidigen jedoch wohl mit Recht die Meinung, daß aus der Novelle eine Entscheidung über etwas, worüber sie nicht disponirt, nicht geschöpft werden könne, nothwendig also die Vorschriften des älteren Rechts über die Inofficiositätsklage der Geschwister zu befolgen seyen; s. Höpfner Instit. §. 535. not. 1., Thibaut System §. 819., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 129., Glück Thl. VII. S. 455. und die vielen dort angeführten Schriftsteller. Ebenso Wering

---

scheinbar entgegenstehende Regel gemäß l. 19. §. 2. D. 49. 17. auffaßt: ut nullus paganus *ab initio quidem* pro parte testatus pro parte intestatus decedere possit, sed tamen *ex postfacto* sc. autoritate sententiae judicis, cf. l. 15. §. 2. D. 5. 2.

Röm. Erbr. S. 429. und Köppen System d. Erbr. I. S. 156. — Unstreitig bleiben indessen die Vermächtnisse bestehen, wenn der Testamentserbe nur als contumax verurtheilt wurde, l. 17. §. 1. l. 18. D. 5. 2. — l. 14. §. 1. D. 49. 1., und die Legatare nicht mittelst eigener Klage gegen den Intestaterben unterliegen, vid. Glossa ad l. 17. §. 1. D. 5. 2., Francke Notherbenr. S. 308., desgleichen wenn der Inofficiositätsstreit verglichen wird; l. 29. §. 2. D. 5. 2. — l. 3. pr. D. 2. 15. — Bei einer theilweisen Rescission des Testaments bleibt die darin enthaltene Pupillarsubstitution gleichwohl ganz bestehen; l. 31. pr. D. 28. 6. — l. 8. §. 5. D. 5. 2., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 374. Wenn die Ausschließung eines Pflichttheilsberechtigten blos in der irrigen Meinung des Testators, daß derselbe nicht mehr am Leben sey, ihren Grund hat, so wird gewöhnlich eine andere Klage als die Inofficiositätsklage stattfinden, mit welcher sich dann die Aufrechthaltung der Vermächtnisse verträgt, so daß der todt geglaubte Notherbe nur an die Stelle des Testamentserben tritt; l. 28. D. 5. 2., Mühlenbruch a. a. O. S. 380 ꝛc., Francke Notherbenr. S. 309.

Zu 4) Es scheint zwar, wenn der berechtigte Notherbe von dem im Testament eingesetzten Erben ein Legat annimmt, so erkennt er diesen ipso facto als Erben an, und es scheint in sich selbst widerstreitend, daß er aus einem Testament Vortheile ziehen wolle, das er doch selbst anficht; s. Gaill Obs. pr. Lib. II. c. 13. no. 6., Glück Thl. VII. S. 481. und die in not. 48. angef. Rechtslehrer, ferner Francke Notherbenrecht S. 389., Bluntschli Erbf. gegen den letzten Willen S. 263. Allein es läßt sich gleichwohl behaupten, daß der Enterbte das, was ihm vermacht ist, als Prälegat fordern könne, wenn er gleich das Testament impugnirt, denn nach der Nov. 115. kann diese Impugnation ja nur gegen die Erbeinsetzung gerichtet seyn, durch deren Annullirung die Legate ganz unberührt bleiben, vielmehr Giltigkeit behalten. Zwar kann dies in manchen Fällen zu einer Unbilligkeit führen, indem andere Erben sich mit ihrem Intestaterbtheil begnügen müssen, in anderen Fällen aber auch nicht; das Gesetz erhält aber nun einmal allgemein und ohne Einschränkung die Legate aufrecht. So lehrt Leyser Sp. 93. Med. 7., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVII. S. 284., Elvers Themis N. F. Bd. I. S. 248., Burchardi System u. Geschichte des röm. Privatr. §. 372. not. 58., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 153., Arndts Pand. §. 599., v. Buchholtz Lehre v. d. Prälegaten S. 570., welcher auch Cujacius als Gewährsmann anführt. Ganz zweifelsfrei ist die Sache gleichwohl

nicht, denn in einem Fall, welcher noch weniger Schwierigkeit hätte, nämlich wenn der Enterbte von einem Legatar eine vom Testator diesem an ihn auszuzahlen aufgetragene Summe annimmt — wodurch er doch nicht unmittelbar den Erben, sondern nur den Legatar anerkennt — räth doch Paulus dem Notherben, sich der Legatforderung zu enthalten; tutius tamen fecerit, si se abstinuerit a petitione legati. l. 32. §. 1. D. 5. 2. Selbst Mühlenbruch Thl. XXXVII. S. 367. erachtet die Annahme nur cum protestatione für gerathen.

Zu 5) Nach R. R. konnte Niemand im Voraus bei Lebzeiten des Erblassers dem Pflichttheil giltig entsagen; l. 35. §. 1. C. 3. 28. — l. 3. C. 6. 20. — l. ult. D. 38. 16. In Klein's Rechtssprüchen der Halleschen Juristenfacultät Bd. I. no. 33., Glück Thl. VII. S. 477., Böhmer Rechtsfälle Bd. III. Resp. 195 no. 23., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1703. wird dies als noch h. z. T. geltendes Recht um deswillen behauptet, weil der Grund des römischen Verbots nicht in der Unverbindlichkeit der Erbverträge, welcher freilich bei uns wegfällt, liege, sondern in dem besonderen Verhältniß zwischen Vater und Sohn, welche eine solche Bindung zum inhonestum machte, l. 35. C. 3. 28.; auch findet man in neueren Gesetzgebungen diesen Grundsatz bestätigt, z. B. im Oesterreichischen Gesetzb. §. 602., Code Napol. Art. 913., oder wenigstens die Wirksamkeit solcher pacta renunciativa sehr beschränkt, s. Allg. Preußisch. Landr. Th. II. tit. 11. §. 484.; indessen wird in Praxi (vorausgesetzt, daß der Sohn nicht mehr in der väterlichen Gewalt steht) der allgemeine Grundsatz der Giltigkeit renunciativer Erbverträge auch in diesem Fall, wie bei den Erbverzichten adeliger Töchter, geltend gemacht; s. Madihn Miscellen Bd. I. S. 151., Thibaut System §. 969. (Ed. 8.), Struben rechtl. Bedenken Th. II. S. 256., Glück Thl. XXXV. S. 437. Jedoch Leyser Sp. 93. Med. 8. Corr. 3. räumt nur einer eidlichen Verzichtleistung Wirksamkeit ein.

Zu 6) Zwar hat Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 251. u. Bd. V. S. 178. den früher auch von Vinnius u. Andern behaupteten und unter den Neuern von Mackeldey Lehrb. §. 656. angenommenen Satz, daß Justinian in der Nov. 18. den Pflichttheil nur für die Descendenten, nicht aber auch für Ascendenten und Geschwister erhöht habe, gelehrt und scharfsinnig auszuführen sich bemüht, hat aber doch, wie auch sein Vertheidiger Mackeldey anerkennt, noch immer die Praxis gegen sich, deren Gründe sattsam ausgeführt sind in Glück Thl. VII. S. 27. Thl. XXXV. S. 238., Francke Notherbenrecht S. 206., Heimbach in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 397.,

Braun Erörter. zu Thibaut §. 811., v. Vangerow a. a. O. §. 475. not. 1., Valett das Notherbenr. §. 44., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. Med. 294. Hienach und nach dem Princip, daß der Pflichttheil portio portionis ab intestato ist, muß auch die bekannte Streitfrage, ob der Pflichttheil der Eltern immer $1/_3$ der Intestatportion sey, oder auch auf die Hälfte steigen könne, gegen Weber not. 8. zu §. 473. des Höpfnerschen Instit.-Comm. dahin entschieden werden, daß, wenn z. B. Ascendenten mit Geschwistern des verstorbenen Kindes concurriren, die Gesammtzahl darüber entscheide, ob der Pflichttheil der Eltern die Hälfte oder $1/_3$ betrage, folglich wenn A. mit Hinterlassung seines Vaters und seiner 4 Brüder stirbt, dem Vater die Hälfte aus $1/_5$ der Erbschaft als Pflichttheil gebühre; s. Glück Thl. VII. S. 55. und die dort angeführte reiche Literatur über diese Streitfrage. Arndts Pand. §. 593.

Zu 7) Die vielfach verschiedenen Meinungen hierüber s. Glück Thl. VII. S. 130., welcher sich dahin entscheidet, daß auch das bei Lebzeiten verzichtet habende Kind mitzuzählen sey, wogegen die meisten neueren Rechtslehrer auf die deutschrechtliche Grundlage hin, daß dem giltig verzichtet Habenden die Erbschaft gar nicht deferirt werden könne, die Folge bauen, daß derselbe auch nicht mitgezählt werden dürfe, gleichviel ob er mit oder ohne Entschädigung verzichtet hat; s. Francke a. a. O. S. 216., Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 151. u. 169., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 265., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 475. not. 3 b., Arndts Pand. §. 593. Anm. 2. a. E. und v. Keller Pand. §. 513. Anm. 3.

Zu 8) Die divergirenden Meinungen hierüber s. Glück Thl. VII. S. 137. H. z. T. wird die Frage meistens nur da vorkommen, wo der Ehefrau eine deutschrechtliche portio statutaria gebührt, und da ist sie gewiß auch als gesetzliche Miterbin zu betrachten, s. Mittermaier Grds. d. deutsch. Privatr. §. 411., wofür sie aber auch nach Nov. 53. c. 6. §. 1., vergl. Nov. 18. c. 1. anzusehen ist, daher sie auch mitgezählt werden muß; Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 270., Francke a. a. O. S. 218., v. Vangerow a. a. O. not. d., Valett das Notherbenr. S. 81.

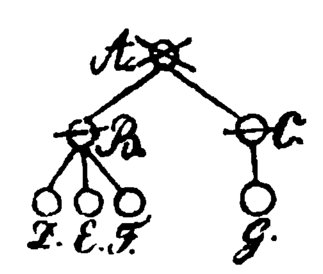
Zu 9) Bekannt ist die Regel: nicht Alles, was auf den Erbtheil einzuwerfen ist, muß auch auf den Pflichttheil conferirt werden; l. 20. pr. C. 6. 20. Nur in Ansehung desjenigen, was der Pflichttheilsberechtigte von dem Erblasser mortis causa erhält, sey es Erbtheil oder Legat oder Fideicommiß, ist seine Verbindlichkeit, sich dasselbe auf den Pflichttheil anrechnen zu lassen, unbedingt; dagegen in Ansehung der

Zuwendungen, welche er bei Lebzeiten vom Testator erhalten hat, ist sie beschränkt auf dos und donatio propter nuptias. v. Keller Pand. §. 514. Was die donatio propter nuptias anbetrifft, so sind wohl die Zweifel, welche gegen die Anwendbarkeit der Collationsbestimmungen auf dieselbe aus dem Grund erhoben worden sind, weil das römische Institut nicht in Deutschland einheimisch geworden sey, genügend entkräftet von Glück Thl. XXV. S. 308.

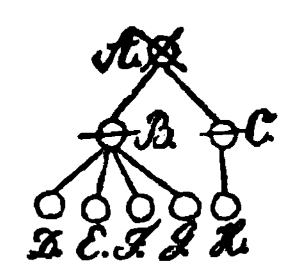
Daß Schenkungen unter Lebenden wenigstens dann eingerechnet werden müßten, wenn der Notherbe mit Andern, welche eine dos oder donat. propter nupt. zu conferiren haben, concurrirt, behauptet zwar Glück Thl. VII. S. 95. mit Westphal von Testamenten §. 394b. und Cujac. not. ad Instit. tit. de inofficios. testam. §. 6. not. 15., bezüglich l. 20. §. 1. C. 6. 20. u. §. 6. J. 2. 18., wo aber nur vom Erbtheil und nicht vom Pflichttheil die Rede ist, daher dieser Behauptung mit Grund widersprochen wird; Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 305., Hunger röm. Erbr. §. 66. not. 2. — Nach l. 29. l. 30. C. 3. 28. sollte sich der Sohn auf den Pflichttheil auch anrechnen lassen, was der Vater für ihn zur Erwerbung einer wiederverkäuflichen und vererblichen militia aufgewendet hat. Mehrere Schriftsteller dehnen dies auf alle käuflichen Bedienungen aus, s. Glück Thl. VII. S. 95., Westphal v. Testam. §. 394b., ja wohl gar auf Alles, was zum Ankauf irgend einer wiederverkäuflichen Sache gegeben war, wie Schweppe in den früheren Ausgaben des röm. Privatr. §. 960. annahm, in der 4ten Ausg. §. 957. aber zurückgenommen hat. Auch Glück erkannte später Thl. XIX. S. 303. not. 52., daß das, was in den römischen Gesetzen von einer verkäuflichen und vererblichen militia gesagt ist, bei uns nicht anwendbar sey, so auch Weber Versuche über das Civilr. S. 20., Francke Notherbenr. S. 238., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1213. Um so mehr muß man sich mit Mühlenbruch Thl. XXXV. S. 303 rc. gegen jede Ausdehnung erklären.

Soviel von der gesetzlichen Collationspflicht; damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser eine Zuwendung bei Lebzeiten mit dem ausdrücklichen Vorbehalt künftiger Einrechnung auf den Pflichttheil machen könne. Hat er diese Bestimmung sogleich im Act der Schenkung schon beigefügt, alsdann, aber auch nur dann, findet die Collation wirklich statt; l. 8. §. 6. l. 25. D. 5. 2. — l. 35. §. 2. C. 3. 28. — §. 6. J. 2. 18., Hunger a. a. O. §. 66., Mühlenbruch Thl. XXXV. S. 310. Thl. XXXVI. S. 7., Arndts Pand. §. 594.

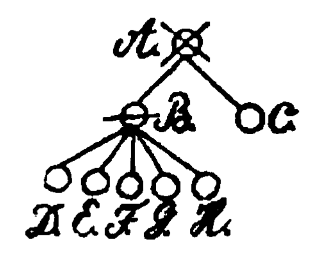
Zu 10) Die meisten praktischen Juristen sind darüber einig, daß die Theilung in stirpes zur Norm der Berechnung diene, wenn von verschiedenen Söhnen Enkel von ungleicher Zahl vorhanden sind, die Theilung in capita aber dann, wenn Enkel nur von einem einzigen Sohn existiren, so daß also, je nach der Zahl der Enkel, der Pflichttheil entweder die Hälfte oder $1/3$ ihrer Intestaterbportion beträgt. Nach der in l. 8. §. 8. D. 5. 2. enthaltenen Bestimmung ergibt sich für den ersteren Fall nach dem neueren Pflichttheilsrecht folgendes Resultat:



Der Pflichttheil des Enkels G. beträgt hier $1/3$ aus der Hälfte oder $1/6$ aus dem Ganzen; jener des D. E. oder F. aber $1/3$ von dem jedem derselben ab intestato gebührenden Sextans vom Ganzen. Der Pflichttheil kann sich aber auch verschieden für einen und den andern Stamm berechnen, wenn die Zahl der Concurrenten in dem einen oder andern verschieden ist. Z. B.



Hier beträgt der Pflichttheil für den H. $1/3$ aus der Hälfte, für die Enkel aus dem Stamm B. aber, weil der Enkel im Ganzen 5 sind, die Hälfte ihrer Intestatportion, oder $1/16$ des ganzen Vermögens. Oder:



Hier beträgt der Pflichttheil des C. nicht etwa, weil er noch mit 5 Personen concurrirt, die Hälfte, sondern weil diese 5 nur Eine Person dem Stamm nach vorstellen, $1/3$ seiner Intestaterbportion oder $1/6$ von der ganzen Erbmasse, dagegen der Pflichttheil des D. E. F. G. H. die Hälfte der Intestaterbportion eines Jeden, also $1/20$ des Ganzen; s. Höpfner Instit. §. 473., Schweppe Bd. V. §. 956., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 490., Francke

Notherbenr. S. 221., v. Vangerow a. a. O. §. 475. sub 4., Schömann Handb. des Civilr. Bd. II. S. 75., Braun Erörter. zu Thibaut S. 744. III., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 272., Sintenis Civilr. III. §. 196. Anm. 2. Vergl. jedoch v. Keller Pand. §. 513.

Zu 11) Die Ordnung der zur Querel Berechtigten ist allerdings die der Intestaterbfolge. Es ist aber, um in einem bestimmten Fall pflichttheilsberechtigt zu seyn, nicht immer erforderlich, der nächste Intestaterbe zu seyn, sondern nur, daß kein Pflichttheilsberechtigter vorhanden sey, welcher ein näheres Intestaterbrecht hat, denn es handelt sich hier nur um die Ordnung der Pflichttheilsberechtigten selbst. Ob in dem Fall, wenn Eltern mit vollbürtigen Geschwistern concurriren, erstere ein Vorzugsrecht oder beide gleiches Recht haben, ist streitig. Es tritt da das eigenthümliche Verhältniß ein, daß erstere als Notherben vor letzteren, welche kein absolutes, sondern nur ein beschränktes und relatives Recht haben, in jure fortiori versiren, weshalb auch Glück Thl. VII. S. 11. gegen viele von ihm citirte, aber auch mit Zustimmung vieler von ihm angeführter Autoritäten den Satz vertheidigt, welchen neuerlich auch Puchta Pand. §. 488. und Bluntschli a. a. O. S. 153. angenommen hat, daß Geschwister, welche nur einer persona turpis gegenüber von den Gesetzen begünstigt sind, §. 1. J. 2. 18. dem positiven Recht der Eltern nachstehen müssen. Dawider argumentiren jedoch die Gegner, namentlich v. Vangerow a. a. O. §. 474. not. 2. no. 2., Francke Notherbenr. S. 203., Weber in Höpfner's Instit. §. 534. not. *, Schrader Comm. de nexu succ. ab intestato et qu. inofficiosi §. 62., wenn die Bedingung - nämlich Einsetzung einer persona turpis — nicht eintritt, so haben die Geschwister gar kein Recht, tritt sie aber ein, so ist ihr Recht eben so gut, als das der Ascendenten. Sollte man aber nicht die aus dieser Ansicht hervorgehende Folge, daß durch den bloßen Zufall der Einsetzung einer persona turpis das Pflichttheilsrecht der Eltern beschränkt werden könnte, indem sie das ihnen gebührende $^1/_3$ mit den Geschwistern des Erblassers theilen müßten, bedenklich finden?

Zu 12) Eine Ausnahme gilt unstreitig insofern, als die Pupillarsubstitution auch auf den Pflichttheil des Unmündigen erstreckt werden kann; l. 8. §. 7. D. 5. 2. — l. 26. C. 3. 28. Streitig ist aber, ob in dem Fall, wenn ein Testator mehrere Descendenten hinterläßt, er den Pflichttheil derselben mit einem gegenseitigen Fideicommiß Eines oder des Andern unter ihnen belasten könne? Mehrere bejahen dies mit Bezug auf l. 12. C. 3. 28., Schweppe a. a. O. Bd. V.

§. 958., Senckenberg D. de gravamine in legitima cap. 11. Allein die l. 12. cit. verwirft nur die Inofficiositätsklage, die Trebellianische Quart aber, welche damals den Pflichttheil absorbirte, konnte jedes Kind nach den Gesetzen abziehen, effectiv muß ihm also noch immer der Abzug des Pflichttheils zugestanden werden; s. Glück Thl. VII. S. 78. und die in nota 98. ibid. angeführten Stryck, Pufendorf u. G. L. Böhmer, Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 142.

Auf jede sonst unzulässige Weise, es sey nun durch eine Bedingung, Zeitbestimmung, Verbot der Inventur und eidlichen Manifestation des Nachlasses, Fideicommiß u. dergl., s. l. 32. l. 36. pr. §. 1. C. 3. 28., Glück a. a. O. S. 85., kann der Pflichttheil alsdann beschwert werden, wenn der Testator sich der Socinischen Cautel bedient, nämlich wenn er dem Pflichttheilsberechtigten etwas über den Betrag des Pflichttheils zuwendet, dabei aber bedingt, daß er bei Nichterfüllung solcher Auflage die ihm beigelegte Mehrung verlieren solle. Vergl. Arndts Pand. §. 595. Anm. 2.

Zu 13) Das Erstere ist ohne Zweifel zu verneinen, denn die Hinterlassung, sowie die Ergänzung des Pflichttheils muß immer aus der Substanz des Vermögens geschehen; l. 36. pr. in f. C. 3. 28., Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle Bd. II. no. 16. S. 4. Wenn aber Einige auch behaupten, daß der Pflichttheil nicht auf eine gewisse Sache — geschähe es auch erbeinsetzungsweise — beschränkt werden dürfe, sondern nicht blos der Größe und dem Werth nach, sondern auch den Objecten nach als Quote der gesammten Erbschaft (universitas bonorum) gewährt werden müsse, s. Glück Thl. VII. S. 117., Wernher Obs. for. P. I. obs. 185., so ist es doch wohl richtiger, nach Nov. 115. c. 5. mit Mühlenbruch Thl. XXXV. S. 328., Hellfeld Jurispr. for. §. 548., Stryck de cautel. test. cap. 17. Membr. 2. §. 12. anzunehmen, daß der Pflichttheilsberechtigte die ihm angewiesene Sache allerdings anzunehmen, und nur so weit deren Werth den Betrag des Pflichttheils nicht erreicht, die Ergänzung aus dem übrigen durch Schätzung festzustellenden Erbschaftsvermögen anzusprechen habe; vgl. oben Kap. IV. §. 175. Fr. 4. Der Vater muß hier innerhalb der Grenzen, welche ihm das Notherbenrecht steckt, dieselbe Freiheit haben, wie bei der divisio parentum inter liberos; s. Gmelin u. Elsässer gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. IV. S. 238.

Es genügt auch, daß der Sohn ausdrücklich zum Erben eingesetzt werde, und ist nicht (wie Einige dafür halten, s. Voet Comm.

ad Pand. Lib. V. tit. 2. §. 66., Stryck l. c. cap. 17. Membr. 1. §. 26.), nöthig, daß die Pflichttheilsquote selbst titulo heredis institutionis hinterlassen werde; Mühlenbruch Thl. XXXV. S. 317. und 328.

Zu 14) Die Nov. 18. c. 3. verbietet dies ausdrücklich; es muß daher wenigstens vor der Hand so viel als der Pflichttheil ausmacht an solche unverzüglich abgegeben werden; Glück Thl. VII. S. 80.

Zu 15) Die Auth. Excipitur l. 6. C. 6. 60., wo es heißt: excipitur, quod eis datur vel relinquitur ab aliquo parentum conditione hac adjecta, ne ad patrem perveniat ususfructus, hat mehrere Rechtsgelehrte zur Bejahung der aufgeworfenen Frage veranlaßt, s. Mevii Dec. P. VII. dec. 356., Struv. Synt. jur. cic. Ex. 12. th. 5., allein da die Authentiken des Codex nicht anders gelten, als insofern sie mit der Quelle, aus welcher sie geschöpft sind, übereinstimmen, nach der Nov. 117. aber, aus welcher die vorerwähnte Auth. abgeleitet ist, die Mutter dem Vater den Usufruct an dem, was sie den Kindern hinterläßt, nur insoweit entziehen kann, als sie überhaupt freie Disposition über ihren künftigen Nachlaß hat, diese aber durch das Recht des Pflichttheils beschränkt ist, so muß die aufgestellte Frage verneint werden, s. Glück Thl. VII. S. 80., und dies selbst dann, wenn der Vater ein Verschwender wäre; Leyser Sp. 92. Med. 1.

Zu 16) Die l. 15. D. 37. 4. entscheidet für die Annahme eines Verzichts; s. Mühlenbruch Thl. XXXVII. S. 89. Andere concludente Handlungen s. l. 23. §. 1. D. 5. 2.

Zu 17) [Ein besonderer Fall ist die Einsetzung mehrer Kinder und gegenseitige fideicommissarische Substitution des Ueberlebenden. Für diesen Fall soll nach Puchta Vorlesungen II. S. 401. der 4. Aufl. die l. 12. C. 3. 28. den Wegfall der Querel bestimmen, welche Bestimmung auch nicht durch l. 32. C. 3. 28. aufgehoben sey. Dagegen führt Rudorff in Bekker's Jahrbuch V. S. 261—270. aus, daß ein solches wechselseitiges Fideicommiß zunächst nur einen Schwebezustand begründe und während dessen nur die Möglichkeit einer Pflichttheilsverletzung existire, nämlich für den Fall, daß der Miterbe überlebt; daß aber, falls die Bedingung sich gegen den pflichttheilsberechtigten Erben durch dessen zuerst erfolgenden Tod entscheidet, für ihn allerdings eine Beschwerung des Pflichttheils im Sinne der l. 32. cit. vorliege, denn zwar sey die Verletzung erst mit dem frühern Tode entschieden, so daß die Verjährung der Ergänzungsklage erst von da an beginnen könne, aber dennoch sey nicht erst der

Erbeserbe verletzt, dem der Testator vielleicht keinen Pflichttheil schuldet, sondern der pflichttheilsberechtigte Erbe selbst, für welchen jene Belastung eine einseitige Dispositionsbeschränkung enthält.]

---

§. 178.

5. Querela inofficiosae donationis.

Cod. III. 29. de inofficiosis donationibus. Cod. III. 30. de inofficiosis dotibus.

1) Steht das Rescissionsrecht auch der Wittwe zu, welcher durch lieblose Schenkungen der ihr gesetzlich gebührende Erbtheil entzogen oder geschmälert ist?

2) Es liegt zwar schon in der Benennung dieser Querel, welche überhaupt nur auf Schenkungen unter Lebenden zu beziehen ist, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 482. S. 325. der 6. Aufl., daß sie bei onerosen Geschäften nicht anwendbar ist, doch können sich bei Geschäften von gemischter Natur Zweifel erheben. Z. B. die Mutter eines unehelichen Kindes, welche ungefähr 500 Thlr. im Vermögen hatte, trat ihr ganzes Vermögen an ihre Geschwister unter der Bedingung ab, daß sie ihr freie Wohnung, Pflege und Unterhalt in gesunden und kranken Tagen gewähren, auch ihr Begräbniß bestreiten sollten, außerdem aber, was sie bei ihren Lebzeiten ihrem unehelichen Sohn zu seinem Fortkommen zufließen zu lassen sich entschließen würde, unweigerlich zu reichen hätten; ihrem unehelichen Sohn selbst aber setzte sie nur 50 Thlr. aus. Drei Monate nach Abschließung dieses Vertrags starb sie, und nun fragt sich, ob der uneheliche Sohn denselben mit der qu. inofficiosi oder etwa der Calvisiana und Faviana act. utilis anfechten könne? — Oder der Vater verkauft seinem einen Sohn sein Gut, welches 12,000 fl. werth ist, für 4,000 fl., so daß dann den andern Kindern nicht der Pflichttheil übrig bleibt?

3) Steht eine Rescissionsklage auch dem Schenker selbst zu, wenn ihm Kinder nachgeboren werden?

4) Geht die Querel nur gegen den Beschenkten und dessen Erben oder auch gegen den dritten Besitzer?

5) Von welchem Zeitpunkt an läuft der Klage die Verjährungszeit, und wie lange dauert diese?

6) Ist zur qu. inofficiosae donationis der Beweis erforderlich, daß der Schenker sie in der Absicht, den Pflichttheil zu verkürzen, vorgenommen habe?
7) Wird durch die Querel die ganze Schenkung rescindirt, oder bewirkt sie nur Ergänzung des Pflichttheils? oder der Intestatportion?
8) Nach welchem Zeitpunkt ist zu bestimmen, ob die Schenkung unmäßig oder inofficios sey?
9) Wenn mehrere Schenkungen nach einander gemacht sind, durch deren letzte eine Verletzung des Pflichttheils herbeigeführt wurde, so fragt sich, ob nur die letzte wegfalle oder an allen ein Abzug pro rata zu machen ist?
10) Findet in Ansehung der Größe des Pflichttheils für Eltern und Geschwister eine Besonderheit bei der qu. inofficios. donat. statt?

Zu 1) Wem die qu. inofficiosi testamenti zusteht, dem muß wohl auch die qu. inoffic. donationis zugestanden werden, mithin auch der armen nicht dotirten Wittwe. Dies ist auch ungeachtet der von Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVI. S. 55. u. Puchta Pand. §. 491. not. c. geäußerten Bedenken, in der Praxis, wie sie selbst zugestehen, allgemein angenommen; s. Francke Notherbenr. S. 503., Glück Intestaterbfolge §. 126. S. 472., Arndts im Rechtslex. Bd. VIII. S. 163.

Zu 2) Die Entscheidung, s. Schmidt hinterlassene Abhandl. Th. II. S. 246., geht dahin: es könne weder der Inofficiositätsklage noch der act. ad supplendam legitimam da Statt gegeben werden, wo die Verstorbene ihr ganzes Vermögen auf ihren lebenslänglichen Unterhalt und zur Erfüllung der mütterlichen Pflichten zur Unterstützung ihres Sohnes verwendet hat. Eine solche Schenkung, welche zur Vergeltung gewisser Leistungen und Dienste des Beschenkten geschieht, könne nicht als pflichtwidrig angefochten werden; Stryck de caut. test. cap. 17. §. 26. Ebensowenig könne die act. Calvisiana und Faviana utilis*) stattfinden, weil deren Voraussetzung hier fehlt, nämlich eine in böslicher Absicht geschehene Verminderung des Ver-

---

*) Ueber die Anwendbarkeit dieser noch von Glück Thl. VII. S. 192 für dergleichen Fälle angenommenen Klage s. Mühlenbruch das. Thl. XXXVI. S. 39. u. 135., Francke Notherbenrecht S. 540., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 482. no. 1.

mögens, denn dem Alimentationsvertrag, welcher den Geschwistern der Geberin vielmehr höchst lästig werden konnte, und nur die Sicherung ihres lebenslänglichen Unterhalts bezweckte, läßt sich unmöglich eine bösliche Absicht unterstellen. Jedoch werden die Geschwister der Mutter verbunden erachtet, dem unehelichen Sohn, so lange er sein Brod nicht selbst verdienen kann, und die ihm ausgesetzten 50 Thlr. dazu nicht hinreichen, das nach richterlichem Ermessen Erforderliche zuzuschießen, wie es selbst der Vertrag und die gesetzliche Verbindlichkeit der Mutter zur Ernährung ihres Kindes mit sich brachte. — In dem andern aufgeworfenen Fall hingegen, wo der Vater eine Schenkung in ein Kaufsgeschäft verwebte, muß wohl mit Francke a. a. O. §. 46. einer Klage auf Ergänzung des Pflichttheils aus dem schenkungsweise Weggegebenen stattgegeben werden, gleichwie das R. R. die Anfechtung eines unter Ehegatten zu billig eingegangenen Kaufes gestattet, sobald donationis causa zu wohlfeil veräußert ist; l. 5. §. 5. D. 24. 1. — l. 38. D. 18. 1. Vergl. Arndts Pand. §. 597. Anm. 1.

Zu 3) Mehrere Rechtslehrer, namentlich Donell. Comm. jur. civ. Lib. 19. c. 11. pag. 110., Voet Comm. ad Pand. Lib. 39. tit. 5. no. 26., welchen Walch Controv. jur. civ. pag. 473. (Ed. 3.) gefolgt ist, und später Thibaut System §. 563. (Ed. 8.), sowie v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 496. (154.) und Arndts Pand. §. 597. Anm. 2. zugestimmt haben, sprechen dem Schenker selbst das Revocationsrecht durchaus ab, indem er ein von ihm an Andern begangenes Unrecht nicht selbst rügen könne, und bei seinen Lebzeiten auch seinen Kindern ein Klagrecht nicht zugestanden werden könne, weil eine legitima viventis nicht denkbar sey. Allein l. 5. C. 3. 29., welche Voet l. c. ganz übersehen hat, räumt ausdrücklich dem Schenker selbst die Befugniß ein, von dem verschenkten Vermögen soviel zurückzuziehen, als nöthig ist, um den nachgeborenen Kindern und Enkeln den Pflichttheil zu gewähren, und eine Inofficiositätsklage zu verhüten, was auch mit l. 8. C. 8. 56. harmonirt. Dies hat auch gar nichts Anstößiges, wenn man diese Klage, welche, wie das Gesetz sagt, vielmehr dahin zweckt, einer Inofficiositätsklage vorzubeugen, nicht mit der Inofficiositätsklage selbst — mit welcher sie nur Aehnlichkeiten hat,*) verwechselt, sondern sie als eine condictio ex lege gelten läßt. Es ist daher nicht nur von älteren

*) Vergl. hierüber die deutsche Uebersetzung des Corpus juris Bd. V. S. 473. not. 102.

angesehenen Rechtsgelehrten, wie Cujac., Rittershus, Wissenbach u. A. m., sondern auch von den neueren fast durchaus anerkannt, daß wegen nachgeborener Kinder die inofficiose Schenkung vom Schenker selbst revocirt werden könne; s. Zimmern u. Neustetel römisch-rechtl. Untersuchungen Bd. I. S. 71., Francke a. a. O. §. 44., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVI. S. 56., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 482. not. 1., Puchta Pand. §. 491. Anm. c., Breidenbach im civil. Archiv Bd. XXVIII. S. 37. Dieser Meinung müssen auch die von Mühlenbruch a. a. O. S. 57. not. 22. ganz irrig in die Reihe der Gegner gestellten Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 971. und Mackeldey Lehrb. §. 427. beigezählt werden. Letzterer bestätigt sogar, sowie selbst der wirkliche Gegner Voet l. c. no. 26. in f., desgleichen Höpfner Instit. §. 412. no. 3. u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. no. 92., den Gerichtsbrauch dafür, daß im Fall nachgeborener Kinder dem Schenker selbst die Revocation zustehe.

Zu 4) Diejenigen Rechtslehrer, welche die in Rede stehende Klage ganz der qu. inofficiosi testamenti gleichstellen, nehmen consequent auch an ihr die Eigenschaft einer dinglichen Klage an; Glück Thl. VII. S. 176., J. H. Boehmer Doctr. de act. Sect. II. c. 3. §. 43. Allein es ist dagegen überzeugend ausgeführt, daß selbst jene Inofficiositätsklage in Betreff des Beklagten beschränkt ist, vergl. Glück Thl. VII. S. 407., Thl. XXXV. S. 356., und daß die Gesetze nur eine Aehnlichkeit, nicht aber eine vollkommene Gleichheit beider Klagen annehmen lassen; Francke Notherbenr. S. 520., Mühlenbruch a. a. O. Thl. XXXVI. S. 70., v. Vangerow a. a. O. §. 482. no. 4., Arndts im Rechtslex. Bd. VIII. S. 164., Puchta Pand. §. 491. Demnach kann die Klage mit Sicherheit nur gegen den Beschenkten und dessen Erben angestellt werden.

Zu 5) Wenn die Klage von den durch die Schenkung verletzten Kindern angestellt wird, so kann die Verjährungszeit erst vom Tod des Schenkers an gerechnet werden, oder allenfalls von deren Volljährigkeit an; Glück Thl. VII. S. 177. not. 68. In Ansehung der Dauer der Verjährungszeit würden diejenigen, welche die Klage als condictio ex lege betrachten, wohl eine 30jährige Verjährungszeit statuiren müssen, wogegen aber diejenigen, welche sie nur ad exemplum qu. inoff. testam. behandeln zu dürfen glauben, mit Recht nur eine Zeit von 5 Jahren zur Verjährung dieser Klage erfordern; Glück Thl. VII. S. 176. not. 65., Francke a. a. O. S. 534. Das Quinquennium läuft dem Kläger von der Zeit an, wo er im

Stande war, bei sorgfältiger Nachforschung über die einschlagenden Werthsverhältnisse seine Verletzung im Pflichttheil zu überrechnen, mithin nicht erst von dem Moment, wo ihm dieser Unterricht wurde; l. 6. l. 9. §. 2. D. 22. 6.

Zu 6) Man muß hier zuvörderst unterscheiden zwischen der Rescission einer ob supervenientiam liberorum inofficiosen Schenkung, und einer den schon vorhandenen Kindern zum Nachtheil gereichenden unmäßigen Schenkung; s. Nov. 92. Im ersten Fall kann der Beweis in Betreff einer Absicht, welche bei noch ungeborenen Kindern nicht einmal denkbar war, auf keinen Fall gefordert werden; Glück Thl. VII. S. 167. Im anderen Fall ist die Sache zweifelhaft. Man beruft sich für die Nothwendigkeit des fraglichen Beweises vorzüglich auf l. 87. §. 3. D. de leg. II. (31.) — l. 1. l. 8. pr. C. 3. 29., wo er allerdings sich als Gegenstand der richterlichen Reflexion durch die Kaiserlichen Rescripte in den zur Entscheidung vorgelegten Fällen bezeichnet findet. Dagegen ist in anderen Gesetzstellen die Voraussetzung böser Absicht gar nicht zu finden, l. 2. 3. 4. 6. 7. C. 3. 29., es ist da nicht um das Motiv — beruhe dieses auf Leichtsinn oder Gehässigkeit — sondern wesentlich um die Sache zu thun,*) wie schon Struv. Synt. jur. civ. Ex. XL. th. 11. u. Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. obs. 178. §. 5. bemerkt haben, womit auch Glück a. a. O., Francke a. a. O. S. 505. u. v. Vangerow a. a. O. §. 482. no. 3. übereinstimmen. So erkannte auch das O.=A.=G. zu Dresden; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1850. S. 478. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung, besonders Kritz in den exegetisch=prakt. Abhandl. no. 5. S. 134., Mühlenbruch Thl. XXXVI. S. 74. und die dort angeführten Gewährsmänner, welche gegen eine zu große Beschränkung der Dispositionsfreiheit eines homo sui juris eifern, machen übrigens die Absicht wenigstens nicht zum Gegenstand einer Beweisauflage, sondern des richterlichen Ermessens nach Beschaffenheit der Umstände. Geht die Querel von einem im Testament ausgedrückten Anerkenntniß einer Forderung aus, so kann dieses Geständniß, an sich zwar keinen Beweisgrund gegen den Pflichttheilsberechtigten bilden, der Querulant muß aber immerzu beweisen, daß in jenem Anerkenntniß in der That eine Vermögensverminderung des Erblassers aus Liberalität liege; Nov. 18. pr. — Nov. 115. c. 3. pr.

---

*) Daß auf die Absicht des Schenkers nichts ankommen soll, bestimmt auch das Preuß. Landr. Th. I. tit. XI. §. 1113., das Oesterreichische Civilgesetzbuch §. 951., Code Napoleon Art. 921—930.

— Nov. 1. pr. §. 2., Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1846. S. 387., v. J. 1850. S. 305.

Zu 7) Die verschiedenen Meinungen hierüber spalten sich zunächst in zwei Extreme, nämlich

I. daß diese Klage nach l. 9. C. 3. 29. der qu. inofficiosi testamenti ganz gleich sey, mithin durch sie stets die ganze Schenkung,*) und

II. daß sie immer nur usque ad supplementum legitimae rescindirt werde. Die letztere Meinung kann als die herrschende angenommen werden; s. Cocceji jus controv. tit. de donat. qu. 9. §. 9., Pufendorf Obs. T. II. obs. 178., Lauterbach de querela inofficiosae donationis, Glück Thl. VII. S. 158., Kritz exegetisch-prakt. Abhandl. S. 111., Francke Notherbenr. S. 521., Thibaut System. §. 563., Puchta Pand. §. 491., Geiger u. Glück merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 161. §. 9., v. Keller Pand. §. 519., Seuffert's Archiv IX. No. 193. Sie ist am vollständigsten unter Zusammenstellung der Gründe für und wider deducirt von v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 482. II. u. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVI. S. 97.; s. auch Braun Erörter. zu Thibaut §. 904. Wohl wird nicht leicht eine Schenkung unter Lebenden als gänzliche Ausschließung vom Pflichttheil betrachtet werden können, wie Puchta a. a. O. bemerkt, und so muß denn immer die Analogie der Ergänzungsklage angenommen werden.

Zwischen diesen beiden Hauptmeinungen liegen übrigens viele Modificationsversuche einzelner Rechtsgelehrten in der Mitte; z. B. a) daß die Schenkung in dem Fall ganz zu revociren sey, wenn sie an einen Fremden und in der Absicht, die legitima zu verkürzen, geschah, Covarruvias var. resol. Lib. I. res. 19. no. 12., A. Costa ad J. tit. de inoffic. testam. §. 3., oder b) ohne weiteren Unterschied, wenn die Schenkung an wen immer mit der pflichtwidrigen Absicht ertheilt wurde; Brunnemann ad l. 1. C. de inoff. donat., Perez

*) Faber Conject. Lib. 3. c. 27., G. L. Boehmer Electa jur. civ. T. I. Ex. 8., J. H. Boehmer Doctr. de action. Sect. II. c. 3. §. 41., Thomasius D. de legitima viventis, Wernher de revocand. donat., Gebr. Overbeck Bd. I. S. 106. Unter den Neueren ist noch zu bemerken: Breidenbach im civil. Archiv Bd. XXVII. S. 338. u. Bd. XXVIII. S. 28., dessen Ausführung dahin geht, daß nicht nur im Vorjustinianeischen Recht, sondern auch in Justinian's Gesetzgebung die Rescission bis zum Betrag der Intestatportion angenommen sey.

ad C. tit. de inoff. donat. no. 4. u. 8. — c) Andere unterscheiden, ob zur Zeit der Schenkung schon Pflichttheilsberechtigte vorhanden waren, und lassen dann die Schenkung nur usque ad legitimam, wenn jene aber erst nachher geboren wurden, gänzlich revociren; Cujac. Obs. Lib. V. Obs. 14. — d) Zimmern in s. u. Neustetel's römisch-rechtl. Untersuchungen Bd. I. S. 58 ꝛc. modificirt also: die lädirten Kinder, denen zur Todeszeit des Erblassers nichts übrig geblieben ist, können dem beschenkten Fremden Alles, solchen Beschenkten aber, welche selbst mit ihnen ab intestato erben würden, nur den Betrag ihrer Intestaterbportion abnehmen; dagegen solche Kinder, welche bei Lebzeiten nach Berechnung der Nov. 92. verletzt waren, welchen aber beim Tod des Schenkers etwas übrig geblieben ist, haben nur mit Einrechnung dessen, was sie noch erhalten, eine Klage auf Ergänzung des halben oder Drittel-Antheils dessen, was ihnen ab intestato zugekommen wäre, wenn der Schenker vor der übermäßigen Schenkung gestorben seyn würde. — e) Einfacher modificirt Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 971., Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 427. u. Struben rechtl. Bedenken Bd. V. S. 266. dahin: wenn dem Pflichttheilsberechtigten gar nichts hinterlassen ist, dann kann er Alles, was ihm ab intestato gebührt hätte, — wenn nur etwas, blos die Ergänzung der legitima fordern; vergl. übrigens Kap. XII. donatio mortis causa. Fr. 8.

Zu 8) Darüber ist kein Zweifel, daß hierbei zwei Momente in das Auge gefaßt werden müssen, nämlich a) der Zeitpunkt der Schenkung; das Vermögen darf nämlich durch die Schenkung nicht so weit erschöpft werden, daß der Pflichttheil nicht im Vermögen des Schenkenden zurückbleibt. Zufällige Verminderungen, welche die Folgezeit am Vermögen herbeigeführt hat, werden nicht beachtet, Nov. 92. c. 1. pr.; hiernächst b) die Zeit des Todes, denn erst aus dem Nachlaß, welcher sich bis dahin auch vermehrt haben kann, gebührt der Pflichttheil. Der Pflichttheilsberechtigte muß also soviel erhalten, daß er den Pflichttheil aus dem Nachlaß und aus dem Verschenkten, beides zusammengerechnet, hat. Z. B. A., welcher bei einem Vermögen von 8000 fl 5 Kinder hatte, verschenkt 5000 fl. und hinterläßt am Ende seiner Tage 4000 fl. — Rechnet man nun die verschenkten 5000 fl. hinzu, so beträgt der Pflichttheil, als die Hälfte von 9000 fl., die Summe von 4500 fl., der Beschenkte muß also 500 fl. zurückgeben. Ueber diese Berichtigung der von Glück Thl. VII. S. 97. angestellten Berechnung s. Mühlenbruch Thl. XXXVI. S. 119., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 482. I. b.,

Francke Notherbenr. S. 510. Wird dagegen das Vermögen durch Unfälle vermindert, so findet der obenbemerkte Grundsatz statt, daß solche Unfälle nicht in Betracht kommen, wenngleich im umgekehrten Fall immer behauptet werden muß, daß den Kindern auch von der Vermehrung des Vermögens ebensogut der Pflichttheil gehört, wie von dem, was der Erblasser früher hatte. Für jenen Fall des partiellen Vermögensverlustes dient folgende Exemplification: A. hat 2 Söhne und verschenkt von 12,000 fl. Vermögen 8000 fl., salvirt also den Pflichttheil der Söhne durch Zurückbehaltung von 4000 fl. Durch Unfälle verliert er aber in der Folge 3000 fl., so daß bei seinem Tod nur noch 1000 fl. übrig sind. Hier müssen sich die Söhne mit den 1000 fl. begnügen, denn da die Schenkung zur Zeit ihrer Errichtung nicht inofficios war, so kann sie es auch durch zufällige Vermögensminderung nicht werden. — Wie ist es aber in dem Falle zu halten, da eine anfängliche Verletzung des Pflichttheils durch spätere Vermögensmehrung wieder vollständig aufgewogen war, nachher aber durch die Umstände dieser Vermögenszuwachs wieder consumirt worden ist, so daß die Notherben beim Tod des Schenkers nicht mehr so viel vorfinden, als ihr Pflichttheil zur Zeit jener älteren Schenkung betragen hätte, können sie dann jene Schenkung anfechten? Arndts im Rechtslex. Bd. VIII. S. 167. findet die Verneinung der Consequenz gemäß, weil der Grund der Verkleinerung des Pflichttheils nun nicht mehr in der ursprünglich pflichtwidrigen Schenkung, deren pflichtwidriger Charakter durch die spätere Vermögensmehrung beseitigt war, sondern in der späteren zufälligen Vermögensminderung liegt, welche nicht das Recht giebt, eine frühere Schenkung anzufechten. Noch einige Beispiele s. Glück Thl. VII. S. 99., Thl. XXXVI. S. 137., vergl. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 496. (153.)

Zu 9) Die Meinung einiger älterer Rechtslehrer, welcher noch Voet Comm. ad Pand. Lib. 39. tit. 5. §. 38. und Walch Controv. jur. civ. pag. 476. — obwohl gegen seine eigene frühere in der Diss. de praescr. querelae inoffic. donat. §. IV. vid. Opusc. T. I pag. 297. ausgesprochene Meinung — beigetreten ist, daß die sämmtlichen successiv gemachten Schenkungen pro rata den Abzug leiden müßten, kann aus den Gesetzen, welche deren Vertheidiger für sich anführen, l. 3—6. D. 5. 2. — l. 8. C. 3. 29., nicht bewiesen werden, es bleibt daher nach der übereinstimmenden Ansicht der Neueren bei dem Grundsatz, daß nur diejenige Schenkung angegriffen werden könne, in deren Folge der Pflichttheil nicht mehr frei geblieben ist,

daher nur gleichzeitige Schenkungen, wenn sie die gemeinschaftliche Folge der Verletzung des Pflichttheils haben, nach der Analogie pflichtwidriger Vermächtnisse pro rata rescindirt werden können; s. Francke Notherbenr. S. 512., Mühlenbruch Thl. XXXVI. S. 120., v. Vangerow a. a. O. §. 482. sub I. 2b. (S. 326. der 6. Aufl.)

Zu 10) Die singuläre Meinung, welche Zimmern in s. u. Neustetels römisch-rechtl. Untersuchungen Bd. I. S. 75. aufstellt, daß hier der Pflichttheil für Eltern und Geschwister noch die alte Quart bleibe, hat wohl in Praxi nicht Eingang gefunden; s. dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 116., v. Vangerow a. a. O. S. 327., Francke Recht der Notherben S. 503., vergl. den vorigen §. 177. Fr. 6.

Kapitel V.

Von Aufhebung der Delation einer Erbschaft und deren Folgen.

§. 179.

I. Durch den Tod des Delaten — s. g. Transmissionsfälle.

Abgesehen vom vertragsmäßigen Erbrecht und von dem besonderen Verhältniß der heredes sui et necessarii mußte aus dem Grundsatz, daß zur Erwerbung einer Erbschaft erst ein förmlicher Willensact erfordert wird, quia hereditas nondum adita non transmittitur ad heredes, daß aber die Erwerbung oder Zueignung nur von dem geschehen kann, welchem die Erbschaft durch das Gesetz oder durch den letzten Willen deferirt ist,*) die unvermeidliche Folge entstehen, daß, wenn der Delat ohne wirkliche Adquisition stirbt, das erwerbsberechtigte Subject fehlte. Dafür, daß ein Anderer in die Delation succediren könne, mußte also durch

---

*) Abgesehen nämlich von dem Einfluß der väterlichen Gewalt, wenn einem filiusfamilias, desgl. einem filiusfamilias infans eine Erbschaft anfällt; l. 8. C. 6. 60. — l. 18. §. 1. C. 6. 30.

besondere Gesetze gesorgt werden, aus welchen sofort die verschiedenen Transmissionsrechte,

a) ex capite restitutionis,

b) transmissio Theodosiana,

c) transmissio Justinianea,

hervorgegangen sind. Es fragt sich,

1) was für Ursachen sind für hinlänglich anzusehen, um die Transmission ex capite restitutionis zu begründen?

2) Die transmissio Theodos. hatte bekanntlich ihren Entstehungsgrund darin, daß nach dem älteren Recht der Erbe ante apertas tabulas die Erbschaft nicht antreten, folglich auch, wenn er in der Zwischenzeit starb, nicht auf seine Kinder transmittiren konnte, weshalb diesen durch ein Ausnahmsgesetz zur Transmission geholfen werden mußte. Dieser Grund fiel zwar durch die Justinianeische Gesetzgebung, welche gedachtes Hinderniß aufhob, hinweg, indessen behielt Justinian doch in l. 1. C. 6. 52. die transm. Theod. bei. Nun entstanden unter den Rechtslehrern mehrere Streitfragen:

   a) Findet dieses Transmissionsrecht auch auf die Intestaterbfolge Anwendung?

   b) Sind in diesem Ausnahmsgesetz auch Adoptivkinder zu begreifen?

   c) Ist dieses Transmissionsrecht eigentlich eine substitutio legalis, so daß dasselbe auch sogar dann stattfände, wenn der eingesetzte Erbe nicht einmal den Anfall der Erbschaft erlebt hat?

   d) Findet es auch statt, wenn der Delat erst nach Eröffnung des Testaments gestorben ist?

   e) Muß der entferntere Descendent, um von dem Transmissionsrecht Gebrauch machen zu können, wirklich Erbe seines hinwegfallenden Ascendenten geworden seyn?

   f) Findet dasselbe auch dann statt, wenn ein Ascendent seinen Descendenten zum heres ex asse ernannt hat? und leidet es auch auf heredes sui Anwendung? oder auch

   g) auf nondum concepti?

   h) Ist dasselbe auch auf vertragsmäßiges Erbrecht anwendbar?

3) Die transmissio Justinianea ist bekanntlich für den Fall, wenn der eingesetzte Erbe binnen einem Jahr nach der ihm bekannt gewordenen Erbschaftsdelation oder noch vor Ab-

lauf der von ihm gebetenen und erlangten Deliberationsfrist stirbt, ohne sich erklärt zu haben, dessen Erben in so weit gewährt, daß sie noch den noch übrigen Rest der Jahres- oder Deliberationsfrist zur Erbschaftsantretung benutzen können; l. 19. C. 6. 30. Dieses Transmissionsrecht gilt unbestritten für die Intestat- wie für die testamentarische Erbfolge, und es wird dadurch eigentlich nur das Deliberationsrecht in seiner gesetzlichen Zeitgrenze auf die Erben transmittirt. Es entstanden aber hierüber folgende Fragen:

a) Wenn der eingesetzte Erbe in einer ihm im Testament zur Erbschaftsantretung vorgeschriebenen Frist sich nicht erklärt hat, und im Lauf derselben verstarb, findet dann auch eine Transmission auf seine Erben statt?

b) Da im Gesetz vorausgesetzt ist, daß der Erbe in Kenntniß von der ihm widerfahrenen Erbschaftsdelation gelangt sey, weil ihm sonst die Diliberatiosfrist nicht hättte anfangen können, muß nicht doch dasselbe Transmissionsrecht auch dann gelten, wenn er in Unkenntniß von der Erbschaftsdelation gestorben ist?

4) Wenn einem Erben zwei Erbtheile, der eine unbedingt, der andere bedingt hinterlassen ist, die Bedingung des letztern aber erst nach seinem Tode in Erfüllung geht, haben dann seine Erben Anspruch an diesem Erbtheil?

5) Schließt derjenige, welcher vermöge Transmissionsrechts die Erbschaft noch erwerben kann, auch den substituirten Erben aus?

Zu 1) Unzweifelhaft findet dieses Transmissionsrecht nur dann statt, wenn der Erblasser durch ein rechtliches Hinderniß l. 3. §. 30. l. 4. D. 29. 5. — l. 4. §. 3. l. 5. D. 37. 4. — l. 12. D. 37. 10. — l. 84. D. 29. 2. — außer Stand gesetzt war, die Erbschaft zu erwerben, welches sich erst nach seinem Tod gehoben hat, außerdem ob absentiam reipublicae causa l. 30. pr. l. 86. pr. D. 29. 2. Daß aber auch jedes factische Hinderniß, also jede absentia, und da in dieser die ignorantia juristisch mit begriffen ist, jede Unwissenheit der Delation hinreichen soll, überhaupt eine Restitution ex clausula Praetoris generali, welche der verstorbene Erbe seiner Unterlassung wegen hätte suchen können, nun dessen Erben zu Gute

komme, ist zwar eine häufig vorkommende,*) aber sehr gewagte Behauptung.**)

Zu 2)

Zu a) Einige halten diese Ausdehnung nach der Gestalt, welche dieses Transmissionsrecht in Justinian's Gesetzgebung genommen, für zulässig, s. Puchta Pand. §. 503., Löbenstern in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 212., man wird aber wohl dieselbe weder mit dem Gesetz vereinbar, noch im neuesten Recht ein Bedürfniß dazu finden; s. v. Löhr in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. VII. S. 118., v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 470., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 204. not. 9., Thibaut Versuche Bd. II. S. 181., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 215., Wolff de transmissione Theodos. (Marb. 1853.), p. 38 sq., v. Keller Pand. §. 528. l. a. E.

Zu b) v. Löhr a. a. O. S. 119. bejaht diese Frage zu Gunsten des arrogatus und plene adoptatus durante adoptione, aber die Intention des Gesetzgebers erscheint wörtlich nur auf das blutsverwandtschaftliche Verhältniß gerichtet, und jura singularia dürfen wohl nicht ausdehnend interpretirt werden; s. v. Vangerow a. a. O. S. 490., welcher dies als die von jeher herrschende Lehre bezeichnet. Dagegen ist jedoch Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 213.

Zu c) Mehrere bejahen diese Frage, s. Hugo Lehrb. d. h. R. R. S. 163., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. II. S. 192. und in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. VII. S. 105., v. Buchholtz jurist. Abh. no. 2., Marezoll in Linde's Zeitschr. a. a. O. S. 61., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 877. Allein dem Transmissionsrecht blos deswegen den Begriff einer Substitution unterzuschieben, weil die Wirkung ungefähr dieselbe ist, läßt sich schwerlich rechtfertigen, wenn man dadurch in Widerspruch mit den anerkannte-

---

*) S. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 547. (271.), Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 71., Braun Erörter. zu Thibaut §. 675., Steppes die Transmission S. 59., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 877. not. 1.

**) Höpfner Instit. §. 546. not. 4., Thibaut Versuche Bd. II. S. 182., v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 187., v. Buchholtz jurist. Abhandl. no. 2., G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abth. I. no. 127., die restitutio ex clausula Praetoris generali tritt nur bei Hindernissen in eigenen Rechtshandlungen ein, und kann nicht wegen Hindernissen, die ein factum tertii betreffen, oder ex persona alterius gesucht werden. Die l. 86. D. 29. 2. beschränkt sich auf die Restitution ob absentiam reipublicae causa.

sten Rechtsprincipien geräth, wonach ante delatam hareditatem unmöglich von einer Transmission die Rede seyn kann; s. Braun zu Thibaut S. 618., Steppes die Transmission d. Erbschaft S. 40., Löbenstern in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 198., Puchta Pand. §. 503., v. Vangerow a. a. O. Bd. XXV. S. 443., Huschke in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. IX. S. 57. Damit stimmen überein die Erk. d. O.-A.-Ger. in Wiesbaden, s. Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 321., das O.-A.-Ger. in Cassel, s. Strippelmann Samml. Bd. VI. S. 588. und das O.-A.-Ger. in Darmstadt, s. Elvers' Archiv Bd. II. S. 504., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 208.

Zu d) Die nach vorstehender Bemerkung wohl nicht mehr gangbare Idee einer gesetzlichen Substitution hat auch auf diese Streitfrage eingewirkt, und zu deren Bejahung geleitet, s. Sintenis a. a. O. §. 204., Braun zu Thibaut S. 618. no. 2., Huschke in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. IX. S. 53., v. Löhr das. N. F. Bd. VII. S. 116. und hat an Cujacius einen bedeutenden Vorgänger, s. Parat. in Cod. Lib. VI. tit. 52., wogegen v. Vangerow a. a. O. S. 462. unter Anführung der Literatur über diese Streitfrage die verneinende Entscheidung älterer und neuerer Rechtslehrer in dem bestimmten Ausdruck der l. Theod. begründet, und auch im Justinianeischen Recht keinen Grund zur Abänderung findet.

Zu e) v. Vangerow a. a. O. interpretirt die l. Theod. für die verneinende Entscheidung, gibt aber zu, daß die bejahende Meinung von jeher die meisten Vertheidiger gefunden habe. Für diese scheint folgendes Argument entscheidend: die Tendenz des Gesetzes geht unstreitig dahin: daß der unerwartete Tod des eingesetzten näheren Descendenten, welcher dadurch an dem jus adeundi verhindert wurde, dem entfernteren nicht schaden soll. Die zufällige Verhinderung des Ersteren kann aber dem Letzteren nicht schaden, wenn er jenen nicht beerben will, von dessen Vermögen das Transmissionsrecht einen Theil ausmacht, denn wenn derselbe auch unverhindert war, vielmehr wirklich antrat, so konnte der Descendent ja doch nichts bekommen, wenn er den Ascendenten nicht beerbte; s. Braun zu Thibaut S. 619. Mehrere Gründe s. Huschke a. a. O. S. 58., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 214.

Zu f) Nach der herrschenden Meinung ist es 1) einerlei, ob der Descendent heres ex asse oder pro parte geworden ist; s. v. Vangerow a. a. O. S. 481., Sintenis a. a. O. §. 204. not. 9., v. Keller Pand. §. 528. I.

2) Instituirte Sui stehen den Anderen gleich, indem das Gesetz allgemein von liberis spricht; Sintenis a. a. O., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 212., Wolff l. c. p. 31. sq.

Zu g) Da zum Transmissionsrecht nur die Eigenschaft eines wirklichen Descendenten erfordert wird, so war auch unter den älteren Rechtsgelehrten, wie v. Vangerow a. a. O. S. 480. bemerkt, gar kein Dissens hierüber. Nur die nach Obigem wohl nicht mehr gangbare Idee von Substitution hatte Zweifel erzeugt, da man freilich ein nicht existirendes Geschöpf weder instituiren noch substituiren kann.

Zu h) Wenn der Vertragserbe den Erblasser überlebt hat, so transmittirt er ohne Zweifel sein nicht erst durch den Tod des Letzteren, sondern schon durch den Vertrag erworbenes Erbrecht auf seine Erben, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 344. Es wird aber auch dann, wenn er vor dem Erblasser starb, der Eintritt seiner Erben hier und da behauptet; s. Cod. Jur. Bavar. Th. III. Kap. I. no. 14., was zuweilen in der Natur des vorliegenden Erbvertrags gegründet seyn, Eichhorn a. a. O., aber gewiß nicht allgemein und ohne den erkennbaren Willen der Contrahenten angenommen werden kann; s. Maurenbrecher d. Privatr. Bd. II. S. 322., Mittermaier d. Privatr. Bd. II. §. 454. (Ed. 6.) S. 513. Die Literatur über diese Frage s. v. Bülow u. Hagemann Erörter. Bd. IV. no. 71., vergl. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 203.

Zu 3) Justinian hat den

zu a) bezeichneten Fall in der l. 19. cit. unberührt gelassen. Es kann demnach wohl eine andere Folge eintreten, als die Unmöglichkeit einer Transmission, wenn die testamentlich bestimmte Deliberationsfrist hindurch keine Erbschaftsantretung erfolgt ist, s. Thibaut Versuche Bd. II. S. 186., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLI. S. 326., Puchta Pand. §. 504. II., ausgenommen, wenn der eingesetzte Erbe sich noch bei Lebzeiten ein tempus deliberandi vom Richter erbeten hätte, welches bei seinem Tode noch im Lauf war; l. 22. §. 13. C. 6. 30. A. M. ist Koch Diss. de herede deliberante. Giess. 1783. §. 6., welcher zwischen der vom Testator bestimmten und der gesetzlichen oder richterlichen Deliberationsfrist keinen Unterschied findet. Ambigendum non est, quin et idem proferendum sit ad illum casum, si ipse testator apatium deliberandi praescripsit,*) womit v. Vangerow übereinstimmt, s. civilist. Archiv Bd. XXIV. no. 5.

*) Diese Meinung scheint wenigstens in dem Fall gegründet, wenn die Vorschrift des Testators blos als nudum praeceptum erscheint, das Gegen-

Zu b) Wohl muß vernünftiger Weise hier dasselbe gelten; wenn aber auch der Fall nicht der transmissio Justinianea zu subsumiren wäre, wie v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 153. zu deduciren bemüht war, so bleibt es in diesem Fall ganz bei dem alten Recht, nämlich der Transmission ex capite restitutionis; s. Thibaut Versuche Bd. II. S. 135., Puchta Pand. §. 504., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLI. S. 326. not. 12., Thl. XLII. S. 350. u. Thl. XLIII. S. 219 ff. [Neuerdings hat Wieding Die Transmission Justinian's insbesondere das Wissen oder Nichtwissen des transmittirenden Erben (Leipz. 1859.) sich für Vangerow und gegen Mühlenbruch d. h. gegen die herrschende und auch von den O.-A.-G. zu Lübeck (s. Seuffert's Archiv XIII. No. 46.) und zu Cassel (s. ebendas. XIV. No. 242.) festgehaltene Ansicht (daß bei der transm. Justin. der transmittirende Erbe von dem Erbschaftsanfall Kunde gehabt haben müsse), welcher auch v. Savigny System III. S. 406. Anm. e. u. Arndts Pand. §. 515. Anm. 1. folgen, erklärt. Wieding führt aus, daß nicht blos, wie schon Duaren u. v. Vangerow gezeigt haben, der Wortlaut der l. 19. C. 6. 30. gegen die herrschende Ansicht spreche, sondern daß Justinian auch bei Erlaß dieser Constitution, für welche übrigens die (allerdings nicht glossirte) Nov. 158. als authentische Interpretation benutzt werden könne (S. 82 ff.), die den Haussöhnen gewährte Deliberation geradezu vor Augen gehabt habe, und daß darin eben der Grund liege, „weshalb Justinian denjenigen Erben, der keine Deliberationsfrist erworben, wiederum aber (wegen mangelnder Kunde) auch nicht auf die Erbschaft verzichtet, dem offen und erklärt Deliberirenden gleichstellt, wenn seinerseits nur nichts vorgenommen sey, woraus eine Antretung der Erbschaft abzuleiten wäre" (S. 10.). In Uebereinstimmung hiermit sagt v. Keller Pand. §. 528. II.: „Hat aber der Delat den Anfall zeitlebens gar nicht erfahren, so versteht sich, daß das ganze Jahr dem Erben zugute kommt, und daß dasselbe von dem Tode des Delaten zu laufen anfängt."]

Zu 4) Hierüber entscheidet l. 53. pr. D. 29. 2. bejahend aus dem Grund der Unzertrennlichkeit; s. l. 2. D. 29. 2.

Zu 5) Gewiß ist die Ausschließung des heres substitutus eine nothwendige Folge jeder Transmission, und wenn v. Quistorp in den rechtl. Bemerkungen Bd. II. no. 30. und Crell Diss. utrum

---

theil aber dann zu behaupten, wenn es dem Erben zur Bedingung gemacht war, unter welcher er nur Erbe werden soll. Hat er dann diese, so lange er lebte, nicht erfüllt, so kann er wohl nichts transmittiren. —

herede instituto intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur. Vitemb. 1734. aus l. 72. D. 29. 2. das Gegentheil abnehmen, so finden sie ihre Widerlegung in der Bemerkung, daß die l. 72. die Frage nur nach älterem Recht entscheidet, welches sich seit Einführung der Transmissionen von selbst ändert; s. Thibaut Versuche Bd. I S. 246., Zimmern im civilist. Archiv Bd. IX. S. 357., v. Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. II. no. 13., Mackeldey Lehrbuch §. 691. not. 4.

§. 180.

2. Vom Anwachsungsrecht.

Cod. VI. 51. de caducis tollendis. Cod. VI. 10. quando non petentium partes petentibus adcrescant.

1) Das Anwachsungsrecht der Erben entspringt ganz unabhängig von dem Willen sowohl des Erblassers *), als des Erben aus dem Rechtsbegriff eines successor universalis, welcher die Erbschaft als ideales Ganzes erwirbt, und dessen Recht durch die auf gleiche Weise Mitberufenen blos beschränkt, bei deren Hinwegfallen aber unbeschränkt wird.

Da demnach die Erwerbung ipso jure unwillkürlich von Statten geht, so ist die regelmäßige Folge, daß ein Ausschlagen des accrescirenden Erbtheils, wenn er gleich vielleicht wegen der darauf gelegten Legate oder anderer Lasten unwillkommen seyn kann, dem Erben, welcher einmal seinen Erbtheil angenommen hat, nicht mehr möglich ist; l. 35. pr. l. 53. §. 1. D. 29. 2. — l. un. §. 10. C. 6. 51. Welche Fälle sind indessen von dieser Regel ausgenommen?

2) Wenn ein Erbe nach Erwerbung der Erbschaft gestorben ist, und hierauf ein Miterbe wegfällt, ohne angetreten zu haben, tritt dann auch in der Person des Erbeserben das Anwachsungsrecht ein?

*) Hierin liegt der Unterschied zwischen dem Anwachsungsrecht der Erben und der Legatare. Sowie jenem das Gesetz, so liegt diesem blos der Präsumtivwille des Testators, welcher aus einer Conjunction geschöpft wird, zum Grund. Bei Erben hat die Conjunction nur einen modificirenden Einfluß. — Von dem Anwachsungsrecht bei einem Universalfideicommiß s. Kap. IX.

3) Kommt auch dem Käufer einer Erbschaft eine seinem Verkäufer erst nach dem Verkauf durch Accrescenzrecht anfallende Portion zu?
4) Gebührt das Accrescenzrecht auch der armen Wittwe? auch den Concubinenkindern?
5) auch den auf den Pflichttheil eingesetzten Notherben, wenn einer von denselben vor der Antretung der Erbschaft stirbt, oder seinen Antheil ausschlägt?
6) Da bei Berechnung des Pflichttheils das enterbte und auch das verzichtende Kind mitgezählt werden muß, wenn es gleich nichts erhält, so fragt sich, wem dieser vacante Theil zuwachse?
7) Wenn einer der Intestaterben den Erblasser durch List oder Zwang vermocht hat, ihn allein zum Erben einzusetzen, oder den Testirer genöthigt hätte, ein anderes Testament zu machen, um einen größeren Erbtheil zu gewinnen, fällt dann dessen Intestatportion dem fiscus an, oder accrescirt sie den übrigen Intestaterben?
8) Die Wirkung des Anwachsungsrechts ist zwar bei der testamentarischen ähnlich so, wie bei der gesetzlichen Erbfolge, daß die Portion des Wegfallenden so vertheilt wird, wie wenn derselbe gleich anfänglich nicht berufen worden wäre; die Gestaltung dieser Folge aber richtig aufzufassen, wird gleichwohl schwierig durch die verschiedenen Arten der Conjunction, welche ein Testator vorgenommen haben kann.*) Mehrere in einer Einheit (Erbmasse) Honorirte bilden wohl von selbst ein natürliches Einheitsverhältniß, und es hat da keine Schwierigkeit, daß sich durch das Wegfallen eines von diesen Mitberechtigten die Quote der Uebrigen gleichheitlich mittels dessen Theils vergrößert; l. 63. D. 28. 5. — l. 17. §. 1. u. 4. D. eod. — l. 59. §. 3. l. 13. §. 3. D. eod.

Hat nun aber der Erblasser unter dieser Mehrheit der Erben wieder Einzelne durch Verbindung in ein specielleres einheitliches Verhältniß gebracht, so entsteht die Frage über das vorzugsweise Anwachsungsrecht. Man unterscheidet folgende Conjunctionsarten:

*) Den Begriff von Conjunction entnehmen wir aus l. 80. D. de leg. III. (32.) conjunctim heredes institui. aut conjunctim legari, hoc est: totam heriditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.

a) wenn die mehreren Honorirten*) (Erben oder Legatare) in demselben Satze zu derselben Erbschaftsquote oder Sache ohne Zufügung einer Theilbestimmung berufen sind: re et verbis conjuncti.

b) wenn von mehreren Honorirten Jeder auf dieselbe Sache oder Quote,**) aber in verschiedenen Sätzen eingesetzt ist — cf. l. 15. D. 28. 5. — re tantum conjuncti.

c) wenn die Mehreren zwar in demselben Satze zu derselben Quote oder Sache, aber mit Theilbestimmung berufen sind verbis conjuncti: z. B. Titio et Sejo fundum aequis partibus lego; l. 89. D. de legat. III. (32.)***;

Der dritte Fall unterscheidet sich wesentlich von dem ersten dadurch, daß hier keine Solidaransprüche concurriren, sondern Jeder von Anfang an schon auf etwas Besonderes angewiesen ist; deshalb kann man sie nicht als re conjuncti betrachten; denn re conjuncti nimmt Justinian in l. un. §. 11. C. 6. 51. nur da an, wo sermo testatoris solidum assignare videtur.

Diese verschiedenen Conjunctionsarten†) veranlassen die Frage:

---

*) welche auch unter einem Collectivnamen zusammengefaßt seyn können, s. gegen Schneider das altcivile u. Justinianeische Anwachsungsrecht S. 258 vielmehr Mayer das Anwachsungsrecht S. 120. u. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 496. Anm. 2. 1a. (S. 376. der 6. Aufl.)

**) Z. B. bei folgender Erbeinsetzung: Titius ex parte dimidia heres esto; Sejus ex parte, qua Titium heredem institui, heres esto, Sempronius ex parte dimidia heres esto, wurde gefragt: sind hier 3 Hälften gemacht, oder ist Titius mit dem Sejus auf dieselbe Hälfte eingesetzt? Das Letztere mußte als das wahrscheinlichere gelten, mithin sind Titius u. Sejus re conjuncti; l. 142. D. 50. 16.

***) Doch möchte, wie in der Folge Kap. X. §. 197. vom Accrescenzrecht der Legatare weiter in Betrachtung gezogen ist, die Art und Weise, wie man sich in der deutschen Sprache auszudrücken pflegt, eine Modification nöthig machen. Eine Berufung mit Theilbestimmung ist es gewiß, wenn der Testator sagte: A. soll $^1/_3$ meines Gartens erhalten, B. $^2/_3$. Fällt hier Einer aus, so kommt dieser Ausfall der ganzen Erbmasse zu Gute. Wenn aber der Testator sagte: dem A. u. B. vermache ich meinen Garten gleichheitlich oder zu gleichen Theilen, so denkt wohl Niemand etwas Anderes dabei, als daß Beide zu einem Ganzen berufen sind, ihnen also auch gegenseitig das Accrescenzrecht zukommt.

†) Von dieser Darstellung (s. Mackeldey Lehrb. §. 699. und v. Vangerow a. a. O.) einigermaßen abweichende Ansichten, z. B. Baumeister das Anwachsungsrecht S. 158. u. 168., Hunger das röm. Erbrecht S. 272,

ob, wenn ein conjunctus wegfällt, dessen Theil den re et verbis conjuncti, oder auch den blos re conjuncti, oder endlich auch den bloßen verbis conjuncti zufällt?

9) Bekanntlich kommt, was ein zur zweiten Ehe geschrittener parens dem zweiten Ehegatten zu Gunsten über die gesetzliche Grenze hinaus disponirt, den aus den vorigen Ehen entsprungenen Kindern zu Gute. Wenn nun eines derselben ausfällt, accrescirt sein Antheil hieran nicht wenigstens dann dem Stiefparens, wenn das Kind zu dessen Gunsten auf die Accrescenz Verzicht geleistet hätte? und accrescirt den in ungleiche Größen eingesetzten Kindern der Ueberschuß, welcher dem Stiefparens abgenommen wird, nach Proportion ihrer testamentarischen Erbtheile oder nach Kopftheilen?

Zu 1) Die Gesetze lassen folgende Ausnahmen zu:

a) Wenn ein heres suus abstinirt, nachdem sein Miterbe schon angetreten hat, so hat dieser noch die Wahl, ob er den ihm nun accrescirenden Theil des suus annehmen, oder die ganze Erbschaft aufgeben will; l. 55. l. 56. D. 29. 2.

b) Wenn ein Erbtheil durch Restitution gegen die Erbschaftsantretung vacant wird, so steht es den Miterben frei, ihn den Gläubigern zu überlassen; l. 61. D. 29. 2.

Zu 2) Allerdings; s. l. 26. §. 1. D. 35. 1. — l. 9. D. 38. 16. — l. un. §. 10. C. 6. 51. — v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 494. no. 4.

Zu 3) Ueber diese Streitfrage führt Glück Thl. XVI. S. 341. ꝛc. fünferlei Meinungen, und für die seinige: daß der Käufer auf das Product des Anwachsungsrechts keinen Anspruch machen könne, in not. 12. eine Phalanx angesehener Rechtsautoritäten an, welchen auch noch v. Wening-Ingenheim Lehrbuch Thl. III. §. 514. (189.), Schweppe röm. Privatr. §. 867., Baumeister vom Anwachsungsrecht S. 121. gefolgt sind. Die Anhänger dieser Meinung sehen die Frage zunächst als quaestio facti an: semper in stipulationibus et caeteris contractibus id sequimur, quod actum est, et si non appareat, quid actum sit, ad id, quod minimum est, redigenda summa est, l. 34. D. 50. 17., wonach das, woran zur Zeit des Verkaufs nicht

---

bleiben hier, um nicht durch Vermengung der Theorien Verwirrung zu erzeugen, außer Betrachtung.

gedacht wurde, auch nicht wohl in diesem begriffen erachtet werden könne; l. 2. §. 1. D. 18. 4. — dem Erben nur könne accresciren, nicht dem Käufer der Erbschaft, welcher dadurch doch nimmermehr Erbe werden, sondern nur die Vortheile der Erbschaft erlangen könne. Jus et nomen heredis bleibe unveräußerlich, und nur diesem folge die vacant gewordene Portion. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung sind, zwar nicht in dem Resultat, aber in den rechtlichen Grundlagen, getheilt.

Die Einen nehmen an: die Anwachsung cohärire der Erbschaft, gehe also mit dieser, wenn nichts Anderes bedungen ist, wie alles andere lucrum oder damnum, s. l. 2. §. 9. D. 18. 4., an den Käufer über (si vendidit hereditatem, aequissimum videtur emtorem vicem heredis obtinere; l. 2. §. 18. D. 18. 4.), und zwar mit rechtlicher Nothwendigkeit, weil die Anwachsung sich vom Erbrecht nicht trennen lasse; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 49. Die Andern bleiben dem Grundsatz treu: semel heres semper heres, welchem gemäß auch l. 4. §. 3. D. 29. 4. sagt: si quis vendiderit hereditatem, utique possidere videtur, cf. §. 3. J. 2. 23., weshalb nur dem Erben die vacante Portion anwachsen könne, der Käufer sey aber befugt, actione emti deren Herausgabe zu fordern.

Beide Theile kommen darin überein, daß es auf eine muthmaßliche Willensauslegung nicht weiter ankommen könne, wenn es auf gesetzlicher Bestimmung beruht, was zur Erbschaft gehört, und dies sey in Ansehung des Anwachsungsrechts unzweifelhaft; l. un. §. 10. C. 6. 51. — l. 2. §. 8. D. 37. 11. Dies vorausgesetzt rechtfertigt sich diese Entscheidung aus l. 2. §. 1—4. D. 18. 4. Zwar ist der §. 1. hier weniger bedeutsam, denn er beschäftigt sich blos mit der Frage, ob im Verkauf einer Erbschaft das, worin sie zur Zeit des Todes oder worin sie zur Zeit des Verkaufs bestanden hat, als in der Intention des Contrahenten gelegen anzusehen sey. Bedeutender aber sind §. 3. u. 4., wo dem Käufer einer Erbschaft nicht nur das, was der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs schon besessen, sondern auch was er aus der Erbschaft noch zu erlangen hatte, zuerkannt wird; §. 3. et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem actionesque tribuere; enim vero ubi corpora nactus est, vel debita exegit, plenius ad eum videri pervenisse. §. 4. Non tantum autem, quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emtori restituendum est. Et non solum quod pervenit, sed et,

quod quandoque pervenerit, restituendum est. Diese Meinung, welche auch in l. 83. D. 29. 2. und l. 43. D. 36. 1. eine, wiewohl von Glück a. a. O. bestrittene Stütze zu finden scheint, wird vertheidigt von Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 4. no. 3., Klüpfel im civilist. Archiv Bd. III. S. 140.., Thibaut System §. 995. (Ed. 8.), Mühlenbruch Lehrb. §. 710. not. 5., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 494. No. 6., Jhering Abhandl. S. 11 ff.. Sintenis Civilr. III. §. 203. Anm. 16.; vergl. Rubo Diss. de jure accrescendi hereditate vendita. Halae 1817., Cucumus D. de jure accrescendi cui competat post hereditatem venditam. Wirceb. 1818., Mayer das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrecht 2c. Tübing. 1835.

Zu 4) Es liegt in der Natur des Accrescenzrechts, daß es nur solchen Erben zukommen kann, deren Erbrecht nicht von den Gesetzen auf ein gewisses Maximum beschränkt ist. Dieser Grundsatz äußert sich in Ansehung der dürftigen Wittwe dahin wirksam, daß es ihr nur so lange zu Statten kommen kann, als sie durch das Daseyn der Miterben auf weniger als 1/4 beschränkt wird; Nov. 53. c. 6. pr. — Nov. 115. c. 5., Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 698., Schweppe röm. Privatr. Th. V. §. 879., Glück Intestaterbf. §. 40. u. 126. no. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 513. (187.) Deshalb können Concubinenkinder auch nie mehr als den sextans aus des Vaters Vermögen bekommen, so daß ihnen in den übrigen 5/6 selbst der Fiscus vorgeht; Schweppe a. a. O. und in dem mütterlichen Vermögen haben sie es nur unter sich; v. Wening-Ingenheim a. a. O.

Zu 5) Nach dem vorbemerkten Grundsatz muß diese Frage verneint werden, die Portion des Hinwegfallenden accrescirt immer den Haupterben; s. Glück Thl. VII. S. 68. Anders ist es bei der querela inofficiosi. Wenn nämlich z. B. zwei Notherben zu derselben berechtigt sind, der Eine aber sie nicht erheben will, oder vom Proceß absteht, so wächst dessen Antheil dem Klagenden dergestalt zu, daß er nun seine Klage entweder auf die ganze Erbschaft, oder wenigstens auf dasjenige richten kann, was er ab intestato würde bekommen haben, wenn der andere nicht Klagende gar nicht existirte; l. 17. pr. l. 16. pr. l. 23. §. 2. D. 5. 2. — Glück a. a. O. S. 431.

Zu 6) Es ist wohl in beiden Fällen mit Grund nicht zu bezweifeln, daß die Portion des verzichtenden, wie des giltig enterbten Kindes dem eingesetzten Erben zuwachse, obwohl einige Rechtslehrer im Betreff der Portion des verzichteten Kindes glauben, daß sie den

gesammten Geschwistern zugerechnet werden müßte; s. jedoch v. Quistorp rechtliche Bemerk. Th. II. S. 131., Glück a. a. O. S. 136., Thl. XXXV. S. 269., vergl. übrigens oben §. 177. zur Fr. 7.

Zu 7) Da die Indignitätsstrafe an den Fiscus nur für den Fall der Verhinderung an Errichtung oder Aenderung eines Testaments verordnet ist, so ist wohl als die richtigere Meinung anzunehmen, daß das Accrescenzrecht für die übrigen Erben eintrete; s. Glück Thl. XXXIII. S. 432. und die daselbst in not. 61. u. 63. angeführte Literatur über diese Streitfrage.

Zu 8) Zuvörderst unterliegt es

A) bei Legataren keinem Zweifel,

a) daß sowohl die re conjuncti als die re et verbis conjuncti ein vorzugsweises Anwachsungsrecht haben, s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 303. insofern es nicht der Testator ausdrücklich verboten hat, oder dieses implicite in seiner Disposition liegt, z. B. wenn er dem A. und B. die Alimente aus dem Gut X. gibt, beide Legatare daraus vollständig alimentirt werden können, und nur B. das Legat ausschlägt. Hier kann dem A. nichts accresciren, weil er über sein Bedürfniß hinaus Alimente nicht fordern kann; l. 57. §. 1. D. 7. 1.

b) daß die verbis tantum conjuncti kein Anwachsungsrecht haben, ist zwar nicht unbestritten, s. z. B. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 277. u. A. m., aber von der Mehrzahl der Rechtsgelehrten anerkannt; s. Braun Erörter. zu Thibaut §. 845., Schneider das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten S. 57.; v. Vangerow a. a. O. Bd. II. §. 496. Anm. 2. sub 2. (S. 378. der 6. Aufl.) und Anm. 3. sub II. B. (S. 383.)

B) Im Verhältniß mehrerer concurrirender Erben ist es zuvörderst keinem Zweifel unterworfen, daß

a) demjenigen, welcher auf eine pars quanta oder auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist, ein Anwachsungsrecht nicht eher zustehen kann, als wenn alle Uebrigen wegfallen; Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 699. not. c. — ferner

b) daß, wenn sämmtliche Erben auf dieselbe Art verbunden sind, die vacante Portion, es mag wegfallen wer da will, allen Uebrigen zu gleichen Theilen zuwächst; l. 59. §. 3. l. 63. l. 66. D. 28. 5.

c) ebenso, wenn Jemand ohne einige Verbindung Miterben zu der ihn treffenden bestimmten oder unbestimmten Portion gerufen ist; l. 59. §. 3. D. 28. 5. — l. un. §. 10. C. 6. 51. Ist aber

d) im Testament eine besondere Conjunction vorgenommen worden, so fällt seine Portion blos an die übrigen conjunctis, welche durch ihre Stellung gleichsam in einen Gegensatz gegen die andern Erben versetzt sind; da ist es aber noch besonders bestritten, ob das vorzugsweise Anwachsungsrecht nur den re et verbis, oder was wohl das Einleuchtendste und, ungeachtet Thibaut beharrlich abwich, doch von den Meisten angenommen zu seyn scheint, auch den bloßen re conjuncti zukommt; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 303., v. Vangerow a. a. O. Bd. II. §. 496. S. 381. der 6. Aufl., Arndts Pand. §. 518.

Zu 9) Der Stiefparens kann nicht einmal durch einen zu seinen Gunsten erklärten Verzicht zur Concurrenz an dem Zuwachs gelangen, weil ein solcher Verzicht nicht den übrigen Kindern resp. Geschwistern zum Nachtheil gereichen darf, welchen das Gesetz den Ueberschuß ausschließend gewährt.

Den Kindern der vorigen Ehe wächst er aber auch ohne Rücksicht auf die vom Stiefparens verschieden bestimmten Erbtheile immer nach Kopftheilen zu, weil sie ihn aus dem Gesetz erhalten; arg. l. 23. §. 2. D. 5. 2. — l. un. C. 6. 10. — Nov. 22. c. 27. — Glück Thl. XXIV. S. 154.

Kapitel VI.

Von Erwerbung der Erbschaft.

§. 181.

1. Im Allgemeinen.

Inst. II. 19. de heredum qualitate et differentia. Dig. XXIX. 2. de acquirenda vel omittenda hereditate. Cod. VI. 30. de jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate. Nov. 1. cap. 2. Ulpian. Fragm. XXII. 24—34.

1) Nur beim heres suus*) fällt die Delation und die Erwerbung der Erbschaft in Einen Punkt zusammen, er erwirbt

*) Wer darunter verstanden werde, ist nun freilich zuerst festzustellen, indem Mehrere zwischen einem engeren und weiteren Begriff unterscheiden,

sogleich mit dem Tod des Erblassers; l. 1. §. 7. D. 29. 4. — l. 27. §. 3. in f. D. 36. 1., mit rechtlicher Nothwendigkeit, daher selbst ohne Bewußtseyn des Anfalls, weshalb auch Irrthum keinen Einfluß darauf haben kann. — Jeder Andere kann nur wissentlich und mit Willen, durch Willenserklärung, welcher aber nicht bedingt seyn darf, oder durch Willenshandlungen*) eine Erbschaft sich erwerben; l. 19. l. 30. §. 8. l. 32. l. 34. l. 46. l. 51. D. 29. 2. — l. 2. §. 3. D. 38. 7. — l. 1. §. 1. D. 38. 17. Bei Letzterem fragt es sich, wie müssen Handlungen dieser Art beschaffen seyn, um beim heres suus**) das se immiscere, und beim

welch letzterer nach l. 6. §. 5. u. 6. D. 29. 2. — l. 13. D. 38. 2. auch mittelbar in potestate befindliche Kinder umfassen soll, s. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. II. S. 198., Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 681. not. c., vgl. Schilling Bemerk. über Rechtsgesch. S. 82., Francke Recht d. Notherben S. 13., dergestalt, daß nur bei der Intestaterbfolge die unmittelbar dem Erblasser untergebenen Kinder sui hießen, bei der successio testamentaria aber jedes eingesetzte Hauskind suus sey; s. Braun Erörter. zu Thibaut §. 716. Aber dem gewöhnlichen Begriffe nach versteht man unter sui heredes nur die unmittelbar als Descendenten der Gewalt des Erblassers bei seinem Tode unterworfenen Personen, sowie die diesen gleichgestellten postumi; §. 2. J. 2. 19., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVI. S. 143., Thl. XLII. S. 296., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 426. (1.), Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 645. Ausnahmsweise behalten das Recht der sui auch solche emancipati, welche durch eine erlangte Würde, oder zur Strafe des Vaters von der väterlichen Gewalt befreit worden sind, oder durch ein rescr. Principis mit Vorbehaltung der Suitätsrechte; Mühlenbruch Thl. XLII. S. 301. Ob durch Anstellung eines eigenen Haushalts die Suität verloren gehe, ist zweifelhaft; Glück Thl. II. S. 454., Thl. XLII. S. 303., doch scheint es richtiger, mit G. L. Böhmer Auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abth. I. no. 127. anzunehmen, daß durch Errichtung separater Oeconomie das Suitätsverhältniß nicht aufhöre, abgesehen nämlich vom deutschen Recht, wo dieses geltend geworden ist. Zu bemerken ist auch, daß nach l. 2. §. 4. l. 10. §. 1. D. 28. 6. der eine Haussohn, welchen der Vater zum Pupillarsubstituten des andern machte, nach dem Tod des letzteren wie ein suus Erbe seines Bruders wird, weil er suus des Vaters ist, und weil die tabulae pupillares als Theil des väterlichen Testaments gelten; s. Braun a. a. O. Etwas Aehnliches findet sich auch in l. 6. §. 5. D. 29. 2., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVI. S. 143., Thl. XLII. S. 295. not. 21.

*) Auch ein Taubstummer kann daher durch pro herede gestio eine Erbschaft erwerben, weil er des Bewußtseyns und der Handlung fähig ist; l. 5. pr. D. 29. 2. — §. ult. J. 2. 19. — l. 65. §. 3. D. 36. 1.

**) Obgleich der suus ipso jure Erbe wird, so steht ihm doch, gleichsam als ein Restitutionsmittel, das beneficium abstinendi zu. Ob nun, wenn

heres extraneus die pro herede gestio zu involviren? wie, wenn sie mit Protestation vorgenommen werden?

1[a]) Welche Folgen entstehen aus dem Gebrauch des jus abstinendi von Seite des heres suus?

2) Kann das Erbrecht auch durch einen Stellvertreter erworben werden?

3) Macht Zwang, Betrug oder Irrthum die Erbschaftsantretung ungiltig?

4) Wenn ein suus heres stirbt, ohne sich erklärt oder immiscirt zu haben, muß alsdann dessen Erbe die dem Verstorbenen ipso jure erworbene Erbschaft mit dessen eigener Erbschaft annehmen oder auf beide verzichten?

4[a]) Was sind die rechtlichen Folgen, wenn einem Wahnsinnigen, der kein suus ist, mithin nur durch Antretung die Erbschaft erwerben könnte, hierzu aber rechtlich unvermögend ist, eine Erbschaft deferirt wird?

5) Kann auch der Curator eines Verschollenen eine Erbschaft Namens desselben antreten?

6) Erstreckt sich das Erbrecht am Vermögen eines Verschollenen auch auf die vor der eingetretenen Präsumtion seines Todes ihm angefallenen Erbschaften und Vermächtnisse?

7) Indem Pönalklagen nicht auch gegen den Erben gehen, fragt es sich, ob der Erbe eine vom Erblasser verwirkte Conventionalstrafe zu bezahlen schuldig sey?

8) Ist der Besitz von Erbschaftscapitalien, welche in Gegenwart aller Erben vom Schuldner aufgezählt werden, von den sämmtlichen Erben als ergriffen zu erachten, wenn gleich nur Einer derselben das Geld an sich genommen hat?

Zu 1) Die Gesetze erfordern factum und animus zugleich; l. 20. D. 29. 2. Julianus scribit: pro herede gerere non tam esse facti quam animi, nam hoc animo esse debet, ut velit heres esse. Dieser

---

er erbschaftliche Verbindlichkeiten von sich weist, ihm der Beweis der Abstinenz oder den Gläubigern der Beweis der Immiscirung desselben obliege, ist oben im Kap. I. §. 133. zu Fr. 8. bemerkt worden.

Ueber die ganze Materie von Erwerbung der Erbschaft, Erbfähigkeit, Erfordernissen und Folgen der acquisitio hereditatis, Transmissibilität rc. verdient vorzügliche Aufmerksamkeit die lichtvolle geordnete und umfassende Zusammenstellung nach gemeinem Sachsenrechte und nach neueren Weimarischen Gesetzen von Emminghaus im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 38.

gesammten Geschwistern zugerechnet werden müßte; s. jedoch v. Quistorp rechtliche Bemerk. Th. II. S. 131., Glück a. a. O. S. 136., Thl. XXXV. S. 269., vergl. übrigens oben §. 177. zur Nr. 7.

Zu 7) Da die Indignitätsstrafe an den Fiscus nur für den Fall der Verhinderung an Errichtung oder Aenderung eines Testaments verordnet ist, so ist wohl als die richtigere Meinung anzunehmen, daß das Accrescenzrecht für die übrigen Erben eintrete; s. Glück Thl. XXXIII. S. 432. und die daselbst in not. 61. u. 63. angeführte Literatur über diese Streitfrage.

Zu 8) Zuvörderst unterliegt es

A) bei Legataren keinem Zweifel,

a) daß sowohl die re conjuncti als die re et verbis conjuncti ein vorzugsweises Anwachsungsrecht haben, s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 303. insofern es nicht der Testator ausdrücklich verboten hat, oder dieses implicite in seiner Disposition liegt, z. B. wenn er dem A. und B. die Alimente aus dem Gut X. gibt, beide Legatare daraus vollständig alimentirt werden können, und nur B. das Legat ausschlägt. Hier kann dem A. nichts accresciren, weil er über sein Bedürfniß hinaus Alimente nicht fordern kann; l. 57. §. 1. D. 7. 1.

b) daß die verbis tantum conjuncti kein Anwachsungsrecht haben, ist zwar nicht unbestritten, s. z. B. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 277. u. A. m., aber von der Mehrzahl der Rechtsgelehrten anerkannt; s. Braun Erörter. zu Thibaut §. 845., Schneider das altcivile- und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten S. 57.; v. Vangerow a. a. O. Bd. II. §. 496. Anm. 2. sub 2. (S. 378. der 6. Aufl.) und Anm. 3. sub II. B. (S. 383.)

B) Im Verhältniß mehrerer concurrirender Erben ist es zuvörderst keinem Zweifel unterworfen, daß

a) demjenigen, welcher auf eine pars quanta oder auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist, ein Anwachsungsrecht nicht eher zustehen kann, als wenn alle Uebrigen wegfallen; Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 699. not. c. — ferner

b) daß, wenn sämmtliche Erben auf dieselbe Art verbunden sind, die vacante Portion, es mag wegfallen wer da will, allen Uebrigen zu gleichen Theilen zuwächst; l. 59. §. 3. l. 63. l. 66. D. 28. 5.

c) ebenso, wenn Jemand ohne einige Verbindung Miterben zu der ihn treffenden bestimmten oder unbestimmten Portion gerufen ist; l. 59. §. 3. D. 28. 5. — l. un. §. 10. C. 6. 51. Ist aber

d) im Testament eine besondere Conjunction vorgenommen worden, so fällt seine Portion blos an die übrigen conjunctis, welche durch ihre Stellung gleichsam in einen Gegensatz gegen die andern Erben versetzt sind; da ist es aber noch besonders bestritten, ob das vorzugsweise Anwachsungsrecht nur den re et verbis, oder was wohl das Einleuchtendste und, ungeachtet Thibaut beharrlich abwich, doch von den Meisten angenommen zu seyn scheint, auch den bloßen re conjuncti zukommt; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 303., v. Vangerow a. a. O. Bd. II. §. 496. S. 381. der 6. Aufl., Arndts Pand. §. 518.

Zu 9) Der Stiefparens kann nicht einmal durch einen zu seinen Gunsten erklärten Verzicht zur Concurrenz an dem Zuwachs gelangen, weil ein solcher Verzicht nicht den übrigen Kindern resp. Geschwistern zum Nachtheil gereichen darf, welchen das Gesetz den Ueberschuß ausschließend gewährt.

Den Kindern der vorigen Ehe wächst er aber auch ohne Rücksicht auf die vom Stiefparens verschieden bestimmten Erbtheile immer nach Kopftheilen zu, weil sie ihn aus dem Gesetz erhalten; arg. l. 23. §. 2. D. 5. 2. — l. un. C. 6. 10. — Nov. 22. c. 27. — Glück Thl. XXIV. S. 154.

Kapitel VI.

Von Erwerbung der Erbschaft.

§. 181.

1. Im Allgemeinen.

Inst. II. 19. de heredum qualitate et differentia. Dig. XXIX. 2. de acquirenda vel omittenda hereditate. Cod. VI. 30. de jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate. Nov. 1. cap. 2. Ulpian. Fragm. XXII. 24—34.

1) Nur beim heres suus*) fällt die Delation und die Erwerbung der Erbschaft in Einen Punkt zusammen, er erwirbt

*) Wer darunter verstanden werde, ist nun freilich zuerst festzustellen, indem Mehrere zwischen einem engeren und weiteren Begriff unterscheiden,

sogleich mit dem Tod des Erblassers; l. 1. §. 7. D. 29. 4. — l. 27. §. 3. in f. D. 36. 1., mit rechtlicher Nothwendigkeit, daher selbst ohne Bewußtseyn des Anfalls, weshalb auch Irrthum keinen Einfluß darauf haben kann. — Jeder Andere kann nur wissentlich und mit Willen, durch Willenserklärung, welcher aber nicht bedingt seyn darf, oder durch Willenshandlungen*) eine Erbschaft sich erwerben; l. 19. l. 30. §. 8. l. 32. l. 34. l. 46. l. 51. D. 29. 2. — l. 2. §. 3. D. 38. 7. — l. 1. §. 1. D. 38. 17. Bei Letzterem fragt es sich, wie müssen Handlungen dieser Art beschaffen seyn, um beim heres suus**) das se immiscere, und beim

welch letzterer nach l. 6. §. 5. u. 6. D. 29. 2. — l. 13. D. 38. 2. auch mittelbar in potestate befindliche Kinder umfassen soll, s. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. II. S. 198., Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 681. not. c., vgl. Schilling Bemerk. über Rechtsgesch. S. 82., Francke Recht d. Notherben S. 13., dergestalt, daß nur bei der Intestaterbfolge die unmittelbar dem Erblasser untergebenen Kinder sui hießen, bei der successio testamentaria aber jedes eingesetzte Hauskind suus sey; s. Braun Erörter. zu Thibaut §. 716. Aber dem gewöhnlichen Begriffe nach versteht man unter sui heredes nur die unmittelbar als Descendenten der Gewalt des Erblassers bei seinem Tode unterworfenen Personen, sowie die diesen gleichgestellten postumi; §. 2. J. 2. 19., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVI. S. 143., Thl. XLII. S. 296., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 426. (1.), Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. §. 645. Ausnahmsweise behalten das Recht der sui auch solche emancipati, welche durch eine erlangte Würde, oder zur Strafe des Vaters von der väterlichen Gewalt befreit worden sind, oder durch ein rescr. Principis mit Vorbehaltung der Suitätsrechte; Mühlenbruch Thl. XLII. S. 301. Ob durch Anstellung eines eigenen Haushalts die Suität verloren gehe, ist zweifelhaft; Glück Thl. II. S. 454., Thl. XLII. S. 303., doch scheint es richtiger, mit G. L. Böhmer Auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abth. I. no. 127. anzunehmen, daß durch Errichtung separater Oeconomie das Suitätsverhältniß nicht aufhöre, abgesehen nämlich vom deutschen Recht, wo dieses geltend geworden ist. Zu bemerken ist auch, daß nach l. 2. §. 4. l. 10. §. 1. D. 28. 6. der eine Haussohn, welchen der Vater zum Pupillarsubstituten des andern machte, nach dem Tod des letzteren wie ein suus Erbe seines Bruders wird, weil er suus des Vaters ist, und weil die tabulae pupillares als Theil des väterlichen Testaments gelten; s. Braun a. a. O. Etwas Aehnliches findet sich auch in l. 6. §. 5. D. 29. 2., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVI. S. 143., Thl. XLII. S. 295. not. 21.

*) Auch ein Taubstummer kann daher durch pro herede gestio eine Erbschaft erwerben, weil er des Bewußtseyns und der Handlung fähig ist; l. 5. pr. D. 29. 2. – §. ult. J. 2. 19. — l. 65. §. 3. D. 36. 1.

**) Obgleich der suus ipso jure Erbe wird, so steht ihm doch, gleichsam als ein Restitutionsmittel, das beneficium abstinendi zu. Ob nun, wenn

heres extraneus die pro herede gestio zu involviren? wie, wenn sie mit Protestation vorgenommen werden?

1[a]) Welche Folgen entstehen aus dem Gebrauch des jus abstinendi von Seite des heres suus?

2) Kann das Erbrecht auch durch einen Stellvertreter erworben werden?

3) Macht Zwang, Betrug oder Irrthum die Erbschaftsantretung ungiltig?

4) Wenn ein suus heres stirbt, ohne sich erklärt oder immiscirt zu haben, muß alsdann dessen Erbe die dem Verstorbenen ipso jure erworbene Erbschaft mit dessen eigener Erbschaft annehmen oder auf beide verzichten?

4[a]) Was sind die rechtlichen Folgen, wenn einem Wahnsinnigen, der kein suus ist, mithin nur durch Antretung die Erbschaft erwerben könnte, hierzu aber rechtlich unvermögend ist, eine Erbschaft deferirt wird?

5) Kann auch der Curator eines Verschollenen eine Erbschaft Namens desselben antreten?

6) Erstreckt sich das Erbrecht am Vermögen eines Verschollenen auch auf die vor der eingetretenen Präsumtion seines Todes ihm angefallenen Erbschaften und Vermächtnisse?

7) Indem Pönalklagen nicht auch gegen den Erben gehen, fragt es sich, ob der Erbe eine vom Erblasser verwirkte Conventionalstrafe zu bezahlen schuldig sey?

8) Ist der Besitz von Erbschaftscapitalien, welche in Gegenwart aller Erben vom Schuldner aufgezählt werden, von den sämmtlichen Erben als ergriffen zu erachten, wenn gleich nur Einer derselben das Geld an sich genommen hat?

Zu 1) Die Gesetze erfordern factum und animus zugleich; l. 20. D. 29. 2. Julianus scribit: pro herede gerere non tam esse facti quam animi, nam hoc animo esse debet, ut velit heres esse. Dieser

---

er erbschaftliche Verbindlichkeiten von sich weist, ihm der Beweis der Abstinenz oder den Gläubigern der Beweis der Immiscirung desselben obliege, ist oben im Kap. I. §. 133. zu Fr. 8. bemerkt worden.

Ueber die ganze Materie von Erwerbung der Erbschaft, Erbfähigkeit, Erforderniſſen und Folgen der acquisitio hereditatis, Transmissibilität ꝛc. verdient vorzügliche Aufmerksamkeit die lichtvolle geordnete und umfassende Zusammenstellung nach gemeinem Sachsenrechte und nach neueren Weimarischen Gesetzen von Emminghaus im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 38.

Grundsatz wird auch leg. cit. verschiedentlich exemplificirt. Da der animus nur durch Vernunftschluß aus Handlungen ermittelt werden kann, so variiren die Richtersprüche nicht selten in Ansehung der Frage über Beweislast. Zu weit möchte wohl die Jenaer Juristenfacultät gegangen seyn, wenn sie in einem von Madihn Miscellen Bd. I. S. 130. erzählten Fall, wo unwidersprochene facta concludentia der Art vorlagen, wie sie §. 7. J. 2. 19. — l. 21. §. 1. l. 42. §. 2. D. 29. 2. — l. 2. C. 6. 30. unter dem pro herede gerere begreift, dennoch den Kläger verurtheilte, den Beweis der pro herede gestio zu führen, weil derselbe nicht allein facta, sondern auch den animus zu beweisen schuldig sey, wogegen die Hallesche Facultät wohl richtiger statuirte: facta concludentia seyen als beweisend anzunehmen, so lange der Beklagte nicht beweist, sie in einer anderen Absicht unternommen zu haben. Alles wird hier freilich auf richtige Bestimmung des Begriffs von facta concludentia ankommen. Die Handlungen können von der Art seyn, daß sie Niemand Anders vornehmen kann, als wer den Namen und das Recht eines Erben hat, und dann müssen sie auch für den animus als vollkommen beweisend angenommen werden. Nicht so aber, wenn sie auch wohl von einem Andern oder in einer anderen Absicht vorgenommen seyn konnten, sey es aus Pietät *), oder um der Conservation der Sachen willen, oder aus einer irrigen Meinung der Relicten, daß die Sache ihnen gehöre, oder ihnen eine andere Berechtigung dann zustehe; l. 20. pr. §. 1. D. 29. 2. — Z. B. der bloße Besitz der erbschaftlichen Sachen, in welchem gewöhnlich die Kinder auf Absterben ihrer Eltern bleiben, reicht offenbar nicht hin, um den animus heredis zu beweisen; v. Quistorp rechtl. Bemerkungen Th. I. no. 4., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 396. So wurde auch die Frage: ob der bloße Bezug eines zur Verlassenschaft gehörigen Hauses als Immiscirung angesehen werden könne, im Archiv merkw. Rechtsfälle und Entscheidungen Rheinhessischer Gerichte Bd. II. S. 90. dahin entschieden, daß diese Handlung, isolirt genommen, nicht als acte d'immixtion gelte.**) Auch Erklärungen, welche etwa auch eine andere Auslegung zulassen,

*) Z. B. wenn der zur Erbschaft Berufene den Verstorbenen beerdigen ließ; l. 14. §. 8. D. 11. 7.

**) Einen anderen Fall behandelt l. 88. D. 29. 2. gerit pro herede — si domum pignori datam, sicut hereditariam, retinuit — et si alienam rem. ut hereditariam, possedisset. Hier entscheidet schon der bloße animus. Die Erfüllung der Bedingung, unter welcher Jemand zum Erben eingesetzt ist, gilt als Erbschaftsantretung, jedoch nur, wenn es wirklich in dieser Absicht geschieht; l. 62. pr. D. 29. 2. — l. 13. D. 28. 7.

können nicht als beweisend geltend; Leyser Sp. 369. no. 6. erzählt z. B. einen Fall, wo die Kinder eines verschuldeten Erblassers sich in einem Schreiben unterzeichnet hatten: „des verstorbenen Titii sämmtliche Erben," die Wittenberger Juristenfacultät aber dieses den Kindern als suis nicht, sondern nur, wenn heredes extranei sich so unterschrieben hätten, als präjudicirlich erachtete. Wenn Handlungen auf die eine Absicht so gut als auf die andere bezogen werden können, so versteht es sich von selbst, daß sie nicht beweisfähig sind; nur dann schwanken die Richter, wenn die Beziehung auf den animus heredis überwiegend ist, indem sie dann blos den angeblichen Immiscenten den Beweis, daß er eine andere mögliche Absicht wirklich gehabt habe, nachlassen; s. Madihn a. a. O. Bd. I. S. 129., v. Quistorp a. a. O., Mühlenbruch a. a. O. Indessen ist wohl zu beachten, daß, wie Mühlenbruch selbst a. a. O. S. 329. zugesteht, der animus heredis nicht vermuthet wird. [Das O.-A.-G. zu Darmstadt erkannte: „Auch durch sprechende Handlungen kann eine Erbschaft angetreten werden, also insbesondere dadurch, daß Klage auf deren Auslieferung erhoben wird. Wenn Bekl. hervorhebt, daß darin keine Antretung liege, wenn sie nicht durch einen Procurator vorgenommen werden könne, die Klage durch einen Anwalt erhoben worden sey, so war doch der demselben ertheilte Auftrag immerhin eine Handlung, wodurch Klägerin ihren Willen, Erbe zu seyn, ebenso unzweideutig zu erkennen gab, als wenn sie die Klage selbst angestellt hätte." Seuffert's Archiv XI. No. 161. Dazu ebendas. III. No. 76. u. XIII. No. 268.]

Die Handlungen selbst, woraus der dem Erben nachtheilige Schluß hergeleitet werden soll, müssen, wenn sie bestritten werden, die Gläubiger oder Vermächtnißnehmer beweisen, und soweit, um jenen Schluß zu begründen, die Kenntniß gewisser Umstände nöthig ist, auch diese Kenntniß; s. Gesterding Ausbeute Th. VI. Abth. 1. S. 248. — Nach diesen Grundsätzen beantwortet sich auch die Frage, ob und inwiefern eine die fraglichen Handlungen begleitende Protestation gegen Rechtsnachtheil schütze; l. 20. §. 1. D. 29. 2. Sie wird nämlich nur alsdann nichts helfen, wenn die Handlung von der Art ist, daß sie nur von demjenigen ausgeübt werden kann, welcher den Namen und das Recht des Erben hat [protestatio facto contraria]; vergl. Waldeck Controversen-Entscheidungen Th. I. S. 159. und die Recension in der Tübinger Zeitschr. Bd. V. S. 342.

Zu 1[a]) Die Pupillarsubstitution, testamentarische Curatelen und Legate bleiben bei Kräften, nach der Abstention kann der suus nicht

zur Intestatsuccession gelangen. — Hat der suus Miterben, so fällt sein Erbtheil zwar nicht durch Accrescenzrecht, weil der suus doch immer noch als Erbe gilt, jedoch ipso jure mit allen Lasten den Miterben zu. Sie haben aber nun die Wahl, ob sie ihn cum onere annehmen, oder ausschlagen, im letzteren Fall aber auch zugleich ihre eigene Portion aufgeben wollen; l. 38. l. 55. l. 56. l. 61. D. 29. 2.

Auf l. 6. C. 6. 58. gründet sich die gewöhnliche Meinung, daß, wenn der suus abstinire, dem Bruder des Erblassers und eben so den Entfernteren nach der Reihenfolge des successorium edictum die bonorum possessio offen stehe; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 875., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. V. §. 265. Zwar hält Witte im Rechtslex. Bd. I. S. 868. dafür, daß in diesem Fall die Erbschaft nach l. 2. D. 38. 9. dem Fiscus anfalle; allein diese Gesetzstelle erklärt sich wohl ganz anders; s. die deutsche Uebers. d. Corpus jur. not. 37. zu l. 2. cit.

Hat der Testator dem suus vulgariter substituirt, so wird, wenn der abstinirende suus im unmündigen Alter stirbt, der Substitut, dem die väterliche Erbschaft schon durch Vulgarsubstitution zugefallen war, nach der const. Divi Marci auch als Pupillarsubstitut zur Erbschaft des Pupillen gerufen; l. 4. D. 28. 6. Ebenso kann der ausdrücklich nur in casum pupillarum Substituirte, wenn der suus abstinirt, dessen Erbtheil als Vulgarsubstitut in Anspruch nehmen, thut er es aber nicht, so kann er deshalb nicht, wenn demnächst der Fall der Pupillarsubstitution eintritt, von dieser ausgeschlossen werden; s. Witte im Rechtslex. Bd. I. S. 866.

Zu 2) Unbezweifelt kann einem infans [nach heut. R. überhaupt einem Minderjährigen: s. Arndts Pand. §. 508. Anm. 3.] durch den Vater oder Vormund und einer juristischen Person durch ihre Stellvertreter das Erbrecht erworben werden. Außerdem gilt nach R. R. der Grundsatz: per curatorem hereditatem adquiri non posse, l. 90. pr. D. 29. 2., Puchta Pand. §. 497. not. f., v. Wening=Ingenheim Lehrbuch Bd. III. §. 502. (161.)*), dessen Geltung in der deutschen Praxis jedoch von Vielen bestritten wird; s. Schweppe röm. Privatr. Th. V. §. 837., Braun Erörterungen zu Thibaut §. 718., Mühlenbruch Thl. XLII. §. 1491. a. E. Leist die

*) Welcher indessen dabei ganz richtig bemerkt, daß in dem Auftrage selbst eine genügende Erklärung liegen, und auf diese Weise, da jede deutliche Erklärung hinreicht, die Erbschaftsantretung bewirkt werden könne; s. auch Mühlenbruch Thl. XLII. S. 409.

Bon. poss. Bd. II. S. 308 ff. und Sintenis III. §. 183. Anm. 28., daher nach der gewöhnlichen Meinung [welcher aber von Arndts a. a. O. der gesetzliche Anhaltpunkt abgesprochen wird] auch durch den Massencurator des in Concurs befindlichen Erben eine Erbschaft angetreten werden kann; s. Kori Concursproceß §. 110. der 2. Aufl. [Arndts Pand. §. 508. Anm. 2. bemerkt, indem er sich (in Uebereinstimmung mit dem O.=A.=G. zu Jena — s. Seuffert's Archiv XV. No. 232. —) gleichfalls für Zulässigkeit der Stellvertretung ausspricht, dazu: Es wird jedoch einerseits zugegeben, daß der Wille der Erbantretung auch durch einen Auftrag zur Erklärung derselben sich kund geben könne (Mühlenbruch Thl. XLII. S. 412.; vergl. Arndts im Rechtslex. Bd. IV. S. 17.), anderseits daß die Kenntniß der Delation und der Wille der Erbantretung beim Delaten selbst vorausgesetzt werde (Leist Bon. poss. II. S. 311.). Das praktische Interesse des Streites beschränkt sich demnach auf zwei Fragen: 1) ob der Auftrag zur Erklärung der Erbantretung immer diese selbst schon enthalte und enthalten müsse? Dies ist zu verneinen: er kann schon die Erbantretung selbst aussprechen, ist aber als bloßer Auftrag zur Abgabe der Erklärung widerruflich, so gut wie eine abgesandte briefliche Erklärung bis zur Abgabe noch zurückgenommen werden kann; 2) ob auch die Erbantretung durch den Bevollmächtigten in Gemäßheit eines bedingten Auftrags giltig sey? namentlich bei der Bedingung, wenn der Bevollmächtigte nach genommener Einsicht die Erbschaft annehmbar finde (l. 48. D. 29. 2. — l. 25. §. 9. und l. 51. §. 2. eod.)? Dies ist zu bejahen, wenigstens nach längst anerkannter Praxis, aber wohl auch schon nach R. R. und nach der Natur der Sache; denn die nach Eintritt der Bedingung wirklich erklärte Antretung ist nun als vom Delaten selbst unbedingt gewollte anzusehen. Leist a. a. O. S. 320.]

Zu 3) Gegen Zwang findet Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt; l. 21. §. 5. D. 4. 2. — l. 85. D. 29. 2., nicht so wegen Betrug, denn der Betrogene hat blos die actio de dolo gegen den Betrüger, l. 40. D. 4. 3., und Irrthum könnte blos dann in Betracht kommen, wenn derselbe über die Art der Delation stattgefunden hätte, nicht aber, wenn er in irgend einer Art von Beweggründen gelegen wäre; l. 34. pr. l. 96. D. 29. 2., Schweppe a. a. O. §. 837., v. Wening=Ingenheim a. a. O. Bd. III. §. 501. Außerdem können nur Minderjährige Restitution erlangen, nicht aber, wie Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 8. S. 86. annimmt, auch Großjährige wegen beträchtlicher Läsionen

dazu gelangen; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XLIII. S. 118. ꝛc., Arndts im Rechtslex. Bd. IV. S. 28.

Zu 4) Diese Frage wird von Mehreren bejaht; s. Koch D. de liberis suis heredibus ad probationem abstentionis non obligatis §. 9., Steppes die Transmission der Erbschaft nach R. R. S. 46., indem sie die in l. 7. §. 1. D. 29. 2. deutlich ausgesprochene Transmissibilität des Abstentionsrechts nur auf den dort erwähnten besonderen Fall beschränkt erachten, wo der Erbe starb, ohne den Erbanfall erfahren zu haben. Allein wenn man das benefic. abstinendi als ein remedium restitutionis betrachten und zugleich zugeben muß, daß dieses auf die Erben übergeht, s. Burchardi Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 22., so wird man gern der Ansicht beistimmen, daß dem Erbeserben die Abstention in eben der Maaße möglich seyn müsse, wie sie dem Erben möglich war; vergl. auch l. 19. C. 6. 30. und zwar, ungeachtet der von Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 84. §. 8. über diesen Punkt noch erhobenen Zweifel, ohne Unterschied ob der Erbeserbe suus oder extraneus heres seines Erblassers ist; s. v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 157. ꝛc., Mühlenbruch Thl. XLII. S. 345.

Zu 4ª) Weder der Vater noch der Curator können, wenn der blödsinnige Haussohn nicht mehr infans ist, für ihn antreten, sondern nur bonorum possessio für ihn nachsuchen, welche aber nach der gewöhnlichen Meinung dem furiosus nicht den wirklichen Erwerb der Erbschaft gewährt, sondern dem Vater oder Curator nur das Administrationsrecht im vollen Umfang einräumt, wonächst auch die Legatare ihre Legate von ihm gegen Caution für den Fall der Entwährung der Erbschaft (s. not. 46. zur l. 48. §. 1. D. de leg. II. (31.) in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur.) fordern können. Wird der Wahnsinnige von diesem Uebel geheilt, so kann er nun die Erbschaft nach Gutdünken entweder annehmen oder ausschlagen; stirbt er aber im Wahnsinn, so fällt die Erbschaft nicht an seine Erben, sondern an diejenigen Erben des Erblassers, welche sie bekommen hätten, wenn der Wahnsinnige nicht da gewesen wäre [jedoch ohne Anspruch derselben auf Ersatz des dem Wahnsinnigen in Ermangelung anderen Vermögens aus der Erbschaft gewährten Unterhalts: l. 51. pr. D. 5. 3., Arndts Pand. §. 538.]

Wie aber, wenn der Wahnsinnige Miterben hatte, sollte nicht diesen seine Portion durch Accrescenzrecht zu Theil werden? Dieser in der weitläufigen l. 7. C. 5. 70. unberührt gebliebene Fall hat zu vielen Zweifeln Anlaß gegeben; Böhmer Auserlesene Rechtsfälle

Bd. II. S. 298. und mit ihm Fritz in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. IV. S. 157. nimmt an, daß die Entscheidung desselben der schon bestimmten gesetzlichen Verordnung, und der nach gleichen Gründen zu machenden Anwendung des Gesetzes anheimfalle, wie wenn keine bonorum possessio furiosi angenommen worden wäre, mithin das Accrescenzrecht wirksam werde; v. Vangerow civil. Archiv. Bd. XXX. S. 1 ff. bestreitet dies, sowie die communis opinio Doctorum überhaupt, indem er behauptet, die bonorum possessio von Seiten des Curators eines Wahnsinnigen gewähre diesem nicht blos eine missio in possessionem, sondern wirkliches Erbrecht, oder Erbschaftserwerb, und zur Zeit der l. 7. C. cit. habe das Accrescenzrecht unter Miterben noch gar nicht die Regel gebildet; dagegen s. Fritz a. a. O., v. Löhr in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. IV. S. 252. und Arndts Pand. §. 538. Anm. 2. Die reiche Literatur über die aufgestellte Frage s. v. Vangerow a. a. O. Dazu Seuffert's Archiv VII. No. 69.

Zu 5) Diese Frage fällt weg, wenn der Verschollene ein heres suus ist, denn dieser bedarf bekanntlich schon nach R. R. zur Erwerbung einer Erbschaft ebensowenig erst eines Acts der Antretung, als ein solcher zur Erlangung eines Legats nöthig ist. Der Curator ist also dazu ganz überflüssig. Nur bei dem Erbschaftserwerb eines heres extraneus, welcher nur durch aditio hereditatis solche erwerben kann, hat die Frage ein praktisches von den Romanisten hochgestelltes Interesse und eine wirkliche Bedeutung; s. Erk. des O.-A.-Ger. in Wolfenbüttel in Scholz Samml. interessanter Aufsätze Bd. II. S. 127., Flach Entscheid. Thl. I. S. 145., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 375., Erk. d. O.-A.-Ger. in Darmstadt in der Präjudiziensamml. d. Großherzogl. Hessischen O.-A.-Ger. no. 153. u. Erk. des O.-A.-Ger. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. V. S. 39., Glück Thl. XXXIII. S. 292., Seuffert Pand.-R. §. 566., Sintenis Civilr. III. §. 183. Anm. 13. Aber auch bei einem heres extraneus fiele die Frage wenigstens da weg, wo der ältere deutsche Grundsatz des mit dem Anfall schon verbundenen Erwerbs der Erbschaft gilt, wovon Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 446. (§. 414.) mehrere Beispiele anführt, oder doch in Beziehung auf die einem Abwesenden zugefallene Erbschaft beobachtet wird; s. v. Kamptz Mecklenburg. Civilr. Th. II. S. 716. no. 12., oder auch wenn man zugestehen muß, daß der deutschrechtliche Vormund für einen Abwesenden sowohl nach den darüber sich aussprechenden Gesetzgebungen, als nach der Praxis, welche bei einem lediglich durch sie ausgebildeten Institut

entscheidend seyn dürfte, in seiner Sphäre nicht so beschränkt ist, wie der römische curator absentis, sondern im Allgemeinen dem Vormund eines Minderjährigen gleich zu stellen ist, welcher ohne Zweifel h. z. T. für seinen Mündel Erbschaften ohne dessen Zuziehung antreten kann, s. Kraut Grunds. des Vormundschaftsrechts nach deutsch. Rechten Bd. II. S. 262. not. 22. u. 23.; endlich auch dann, wenn man mit mehreren Rechtsgelehrten annehmen darf, daß h. z. T. der Unterschied zwischen heres suus und extraneus als eine veraltete Eigenthümlichkeit des römischen Rechts schlechthin wegfalle; s. Schäffer in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. V. S. 419., Seuffert u. Glück Blätter f. R.=A. Bd. XIX. S. 24. [In einem einflußreich gewordenen Aufsatze hatte Cropp Jurist. Abhandl. II. No. IV. V. sich gegen den Erwerb der Erbschaften erklärt, indem er nur eine provisorische bonor. poss. nach Analogie der b. p. furiosi nomine zulassen wollte. Die Unzulässigkeit dieser Analogie aber ist von Bruns in Bekker's Jahrbch. I. S. 115. gezeigt worden, und auch in der Praxis hat diese Analogie keinen Anklang gefunden, indem der Curator bald für schlechthin unfähig, bald einfach für fähig zur Erwerbsvermittelung erklärt wird. Das letztere ist von den Obertribunalen in Berlin und Stuttgart (s. Seuffert's Archiv III. No. 346. und Reyscher Würt. Privatr. III. §. 624. Anm. 4.) geschehen, und damit stimmen, wie Bruns a. a. O. S. 196. hinzufügt, auch die neueren Partikulargesetze überein. Bruns fährt dann so fort: „Allerdings gehen alle diese letzteren bei der Zulassung des Erwerbs von dem Standpunkte der Gleichstellung der cura der Verschollenen mit der cura minorum aus. Allein auch wenn man sich auf den alten Standpunkt des provisorischen Besitzes stellt, wird man das gleiche Resultat annehmen müssen. Man kann sich zwar dafür nicht ganz unmittelbar auf die Zulassung des Erbschaftserwerbes in der Praxis vor Carpzov und in der älteren französischen Praxis berufen. Denn bei beiden lag ja das altgermanische Princip, daß die Erbschaften stets ipso jure erworben würden, zugrunde. Allein daß beide mit dem provisorischen Besitze ein vollständiges Vertretungsrecht des Verschollenen verbunden dachten, liegt darin ausgesprochen, daß der Erbe, der den provisorischen Besitz hatte, zur Geltendmachung des Erbrechts des Verschollenen zugelassen wurde. Denn sonst hätte das alte Princip zur Anwendung kommen müssen, daß der nächste sich meldende Erbe des Verstorbenen die Erbschaft bekommt, und nur Caution stellen muß für die Herausgabe der Erbschaft, falls ein näherer Erbe kommt. Insofern erscheint es nach allen Seiten als gerechtfertigt, an der alten Praxis, die

den Erwerb für den Verschollenen zuläßt, festzuhalten." Dem stimmt Vering Röm. Erbr. S. 497. Anm. 3. bei. Vergl. auch deutsche Gerichtszeitung 1863. S. 138., wo behauptet wird, daß die ältere Ansicht (Erbfähigkeit des Verschollenen) nur noch in wenigen Erkenntnissen (s. Seuffert's Archiv III. No. 298. 346., IX. No. 310.) festgehalten werde.] — Man mag nun aber über das römische Erforderniß der aditio hereditatis diese oder jene Meinung annehmen, so ist damit noch gar nichts darüber entschieden, ob der absens die Erbschaft erworben habe, ob er sie erwerben und folglich auch auf seine Erben transmittiren konnte? denn dies beruht auf der weiteren Voraussetzung, daß er den Erblasser überlebt habe, und diese Frage schwebt noch immer im Dunkel, weil Niemand weiß, ob er vor oder nach dem Erblasser gestorben ist. Diese vorzüglich

Zu 6) bedeutsame Ungewißheit (vgl. Bd. I. §. 26. zu Fr. 8.) wird insgemein dadurch für beseitiget erachtet, daß der Endpunkt des menschlichen Lebens durch gesetzliche Präsumtion auf das 70. Lebensjahr fixirt ist. — Dagegen wird zwar eingewendet: 1) es sey doch gar zu unnatürlich, anzunehmen, daß der Abwesende gerade an seinem 70. Geburtstag gestorben sey; 2) man müsse vielmehr, wenn es von zwei Personen ungewiß ist, welche zuerst gestorben ist, annehmen, daß auf keiner Seite für das Ueberleben entschieden werden könne, vielmehr derjenige, welcher Ansprüche darauf gründen will, dieses beweisen müsse; s. Cropp jurist. Abhandl. Bd. II. S. 162. §. 10., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 462., Weber über Beweisführung S. 230., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. §. 57 a. u. 61. no. 2., Schmidt öffentl. Rechtssprüche S. 38., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 360., Seuffert Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIX. S. 33. Allein zu 1) will ja der Gerichtsbrauch dies gar nicht sagen, sondern nur, daß kein Lebender als todt behandelt werden könne, so lange er nicht die als Regel angenommene Grenze des Lebens erreicht hat. Zu 2) Der Gerichtsbrauch stützt sich dagegen auf eine allgemein anerkannte Rechtsregel, nämlich, daß ein einmal bestandener Rechtszustand so lange als bestehend angenommen werden müsse, bis sein Aufhören bewiesen ist; eine Regel, welche auch bezüglich der Frage über Leben oder Tod ihre Anwendung in l. 1. D. 18. 4. gefunden hat, und die in Rechten fürgesehene Fixirung des Endpunkts des menschlichen Lebens hätte ja gar keinen Sinn, wenn man den Menschen auch vor diesem Zeitpunkt nicht als lebend gelten lassen wollte; s. Leyser Sp. 95. M. 9. u. 24., Kind de succ. in bona absentium §. 3., Glück Thl. VII. S. 494., v. Bülow Abhandl.

Bd. I. S. 286., Schneider vom rechtl. Beweis §. 26., Haase über Edictalladungen S. 118., Claproth summar. Proceß §. 224., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. S. 392., Kraut die Vormundschaft nach Grunds. des deutsch. Rechts S. 230., welcher auch S. 252. not. 11 13. mehrere deutsche Gesetzgebungen anführt, die diesem Gerichtsbrauch gefolgt sind, welchen auch das Obertribunal in Berlin auf gemeinrechtlichem Boden für begründet erachtet; s. dessen Entscheid. N. F. Bd. VII. S. 92., Mackeldey Lehrb. §. 141. Die deutsche Praxis hat sich daher für Edictalladung des Abwesenden — versteht sich, bevor er noch nicht die entscheidende Lebensgrenze erreicht hat — und nach deren fruchtlosem Ablauf, nach eingetretener Rechtskraft der hierdurch herbeigeführten Verschollenheitserklärung für die missio in possessionem der nächsten Verwandten und Präsumtiverben des Verschollenen entschieden. Hätte der Verschollene in dem ihm präsumtiv angefallenen Erbe Miterben, so wird der Besitz der zur Zeit vacanten Portionen diesen zuerkannt; s. Seuffert Bl. f. R.-A. Bd. X. S. 236., Flach Entsch. d. O.-A.-Ger. in Wiesbaden Th. I. S. 146., Th. II. S. 125., s. auch Code civil Art. 135—138. Dem Gerichtsbrauch liegt die successio ex nunc zum Grunde, indem das dem Verschollenen präsumtiv angefallene Erbe, sowie sein eigenes übriges Verlaßthum den ihm zur Zeit seiner Todeserklärung am nächsten stehenden Verwandten ausgeliefert wird. Diese Auslieferung involvirt übrigens keine successio anticipata, denn so lange der Verschollene noch nicht für todt erklärt ist, wird er ja noch als lebend angenommen, mithin kann noch nicht von einer Erbschaft die Rede seyn; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXIII. S. 173., Kraut a. a. O. [Gegen Cropp's Argumentation macht Bruns in Bekker's Jahrbuch I. S. 194. 195. geltend: „daß die Kraft und Bedeutung juristischer Präsumtionen, mögen sie durch Gesetz oder Gewohnheit eingeführt seyn, nicht von der concreten Wahrscheinlichkeit, aus der sie etwa im Allgemeinen hervorgegangen sind, abhängig ist, sondern lediglich davon, in welchem Sinne sie von dem Gesetze oder der Gewohnheit zur Befriedigung eines practischen Bedürfnisses factisch wirklich eingeführt sind. In dieser Beziehung ist nun aber gezeigt, daß das practische Bedürfniß bei der Verschollenheit nicht blos für die Frage, ob der Verschollene gestorben ist, sondern auch, wann er gestorben ist, eine positive Entscheidung durch Präsumtion verlangt, und daß die Praxis eben deshalb auch wirklich durch die Verbindung der Lebens- und Todespräsumtion eine solche doppelseitige Verschollenheitspräsumtion begründet hat. Daß eine ganz absolute

und allgemeine Präsumtion für die Fortdauer des Lebens grundlos und unzweckmäßig ist, soll nicht geleugnet werden. Damit ist aber die besondere Begründung und Zulassung derselben bei den activen und passiven Erbverhältnissen der Verschollenen ganz wohl vereinbar. Gewiß mit Recht ist daher Cropp's Ansicht in einem Erkenntn. des Ob.-Trib. zu Berlin v. J. 1848 (Seuffert's Archiv III. No. 298.) aus dem Grund verworfen, weil der Gerichtsbrauch, der die Präsumtion gebildet habe, sie stets in jener „zweischneidigen" Weise angewendet habe. Indeß hat Cropp's Ansicht allerdings sowohl in der Theorie wie in der Praxis viel Beifall und Annahme gefunden, z. B. bei den Ob.-App.-Gerichten zu Lübeck, Oldenburg, Cassel, Wolfenbüttel, München, und selbst troß des klar entgegenstehenden Nassauischen Gesetzes v. 1781. Wiesbaden .... Uebrigens fehlt es auch nicht an Stimmen, die sich gegen Cropp erklärt haben, so in der Theorie namentlich Kraut, welchem die Lehrbücher von Beseler, v. Gerber und Gengler beigetreten sind, in der Praxis aber die Obertribunale zu Berlin und Stuttgart und das O.-A.-G. zu Celle, außerdem aber die meisten neueren Particulargesetze über Verschollenheit."]

Die Frage: ob die Todeserklärung für sich schon die Trennung der Ehe des für todt Erklärten bewirke, muß wohl dahin entschieden werden, daß der Ehegatte, welcher sich wieder verehelichen will, erst ein weiteres Verfahren veranlassen müsse, worauf die Ehescheidung ausgesprochen werden kann; s. Mittermaier d. Privatr. Bd. I. §. 147. (Ed. 6.), vergl. v. Zeiller Comm. zum Oesterreichisch. Gesetzb. Bd. I. S. 289.

Zu 7) Diese Frage ist zu bejahen, weil die Verbindlichkeit eine vertragsmäßige ist und auch nicht zu den obligationes personalissimae gezählt werden kann. Ex contractu, de quo quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam conveniri posse; l. 47. D. 19. 1. — cf. l. 4. §. 1. l. 5. §. 3. u. 4. D. 45. 1. — l. 149. D. 50. 17.

Zu 8) Allerdings wird in einem solchen Fall der Schuldner liberirt, und den Miterben, welchen der Empfänger des Geldes ihren Antheil verweigert, steht blos die Spolienklage gegen diesen zu; s. Elvers' Themis Bd. I. S. 142. Einen ähnlichen Rechtsfall s. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. S. 213.

§. 182.

2. Von der Rechtswohlthat der Deliberation und des Inventars.*)

1) Ist der Erbe gesetzlich an eine Zeit zum Erbschaftsantritt gebunden, und was ist die rechtliche Folge, wenn er eine ihm vom Gericht zur Erklärung darüber vorgesteckte Frist unbenutzt läßt?

2) Transmittirt der Erbe während der Inventur auf seine Erben?

3) Kann derjenige, welcher die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, nachher die Erbschaft noch ausschlagen?

4) Erlangt der Erbe durch das beneficium inventarii auch den Vortheil, daß er die Dispositionen nicht anzuerkennen braucht, welche der Testator über sein des Erben eigenes Vermögens etwa getroffen hat?

5) Schützt die Rechtswohlthat des Inventars auch gegen Verfolgung einer bereits zur Execution gediehenen Forderung? desgleichen gegen Vindicationen?

6) Bekanntlich ist der Beneficialerbe in Ansehung der Zahlung an Gläubiger nicht an Prioritätsrechte gebunden, und die Existenz von Erbschaftsgläubigern hindert auch nicht die Entrichtung der Legate. Sofern der Erbe hierbei nur nicht mala fide verfährt, ist er gegen jeden Angriff sicher, l. 22. §. 5. u. 7. C. 6. 30. — und auch die Käufer einzelner Erbschaftsstücke können nach l. 22. §. 5. u. 8. eod. von den Pfandgläubigern alsdann nicht angegriffen werden, wenn der Erbe den Erlös zur Befriedigung von Gläubigern und Legataren verwendet hat, wobei indessen vorausgesetzt werden muß, daß der Erbe auf eine solche Art verkauft habe, durch welche Pfandrechte nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen aufgehoben werden, nämlich durch öffentlichen Aufstrich unter Vorladung derer, welche Ansprüche an die Sache zu machen haben; s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 8. §. 19.

---

*) Durch betrügliche Handlungen verliert der Erbe die Wohlthat des Inventars, nicht über die Kräfte der Erbschaft hinaus verbunden zu werden, nach Sächsischem Recht; v. Langenn u. Kori Erörterungen Th. I. no. 11., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 165.

in f., Rumpff D. de jure deliberandi §. 26., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLI. S. 374. Trifft es sich nun, daß am Ende das Erbschaftsvermögen nicht zureicht, daß vielmehr, nachdem Legatare schon ihre Vermächtnisse bekommen haben, noch Gläubiger, oder nach bezahlten jüngeren Pfandgläubigern ältere und bevorzugte vor einer erschöpften Masse stehen, so ist es wohl ausgemacht, daß bevorzugte gegen schlechtere Pfandgläubiger mit der act. hypothecaria oder der condict. ex lege das, was diese empfangen haben, herausfordern können; l. 22. §. 6. D. 28. 8. sowie der Erbe selbst, wenn er Pfandgläubiger ist, den älteren Pfandgläubigern den Vorzug vor sich geben muß, l. 22. §. 9. C. 6. 30. Steht aber auch den einfachen Erbschaftsgläubigern ein Klagrecht gegen bezahlte Legatare zu? oder unbefriedigt gebliebenen privilegirten Personalgläubigern gegen einfache, welche bereits Zahlung erlangt haben? und was ist dann Rechtens, wenn der Erbe selbst nur Chirographargläubiger ist, sich aber vor anderen Gläubigern gleicher Art bezahlt hat?

7) Kann der Beneficialerbe auch auf ein pactum remissorium mit dem Zwangsrecht der Mehrzahl gegen die Minorität der Gläubiger provociren?

8) Können diejenigen, welche dem förmlich errichteten Inventar den Glauben versagen wollen, unbedingt die Beeidigung desselben fordern?

9) Wenn der Testator selbst in seinem Testament eine Anzeige seines Vermögens aufgenommen und an Eidesstatt die Richtigkeit versichert hat, kann dann der Erbe sich der Errichtung eines Inventars enthoben erachten, wenn er gleichwohl als Beneficialerbe gelten will?

10) Wenn von mehreren Erben Einer ein Inventar errichtet hat, kommt dieses auch den übrigen zu statten?

11) Genügt für den Universalfideicommissar das vom Fiduciarerben errichtete Inventar?

12) Sind Erben, Legatare und Gläubiger dadurch verbunden, wenn der Testator dem Erben die Inventur erläßt oder gar verbietet?

13) Gilt eine eidliche Privatspecification auch statt des förmlichen Inventars?

Zu 1) Es ist nun ziemlich allgemein angenommen, daß der Erbe durch das Gesetz nicht an eine Zeit zum Erbschaftsantritt gebunden sey, weder so, daß er in den ersten 9 Tagen nach dem Tode des Erblassers gar nicht antreten dürfte, wie man aus Nov. 115. c. 5. §. 1. geschlossen hat (s. Leyser Sp. 370. Med. 2., s. dagegen Mühlenbruch bei Glück Thl. XLII. S. 301.), noch daß er binnen der in l. 22. §. 1. C. 6. 30. erwähnten (vielmehr auf die Inventurszeit sich beziehenden) 3 Monate, noch daß er innerhalb des in l. 19. C. eod. für das Transmissionsrecht gesetzten Endpunkts antreten müßte, um nicht des Erbrechts verlustig zu werden. Brinz Pand. S. 816., Arndts Pand. §. 509. Anm. 2., Vering Röm. Erbr. S. 501. Anm. 4. Nur besondere Umstände können den Erben hinsichtlich der Zeit binden, insbesondere, wenn der Testator ihm einen Termin gesetzt hat, l. 72. D. 29. 2., oder wenn ein Notherbe die querela inofficiosi testamenti anstellen will; l. 36. §. 2. C. 3. 28. Brinz a. a. O. Die Deliberationsfrist,*) auf welche der Erbe gesetzlich Anspruch hat, ist daher blos eine richterlich,**) und zwar nur ein für allemal, und nicht über 9 Monate hinaus zu ertheilende Frist, es sey nun, daß der Erbe sich dieselbe selbst erbittet, oder dies von Seite der Substituten oder der Gläubiger geschieht. [Gegen die Ansicht von Puchta, Arndts u. A., daß auch Legatare, Substituten, Intestaterben das Recht, eine Fristsetzung zu verlangen, hätten, s. Brinz Pand. S. 814 ff.] Was für ein Präjudiz mit der Nichterklärung in solcher Frist verknüpft sey, ist zwar keineswegs ausgemacht, die gemeine Meinung geht jedoch dahin, es sey anzunehmen, der Zögernde habe sich so entschieden, wie es das Interesse derjenigen erheischt, welche die Ansetzung einer Frist veranlaßt haben, also, daß er Erbe seyn wolle, den Gläubigern gegenüber, oder daß er es nicht seyn wolle, den substituirten oder Intestaterben gegenüber; s. Mühlenbruch

---

*) Das jus deliberandi ist h. z. T. wohl fast ganz außer Gebrauch, da dasselbe durch das beneficium inventarii überflüssig geworden, und letzteres von viel größerem Nutzen ist. [Vergl. Ihering Abhandl. (1844.), S. 153 Anm. 1., Vering Röm. Erbr. S. 501. Anm. 4., S. 517 ff.] Es mag daher genügen, in Betreff obiger Sätze und weiterer Ausführungen auf die vorhandene Literatur zu verweisen, welche Mühlenbruch bei Glück Thl. XLI. S. 281. not. 15. zusammengestellt hat; außer welchem noch zu bemerken ist: Dollmann in Seuffert u. Glück Blättern für Rechtsanwendung Bd. VI. S. 129., Schweppe röm. Privatr. Th. V. §. 840. no. 6., Mayer Lehre von dem Erbrecht nach dem heutigen Röm. Recht S. 347.

**) Nach den Römischen Gesetzen auch vom Regenten und desfalls auf ein Jahr.

Thl. XLI. S. 306. u. 391., Höpfner Instit. §. 548., Thibaut System §. 873. vielmehr dessen berichtigte Darstellung im §. 892. der 9ten Ausg., Mackeldey Lehrb. §. 688., Seuffert Lehrb. §. 668., Unterholzner Entwickelung der gesammten Verjährungslehre Bd. II. §. 165. Eine nach Ablauf der Deliberationsfrist erklärte Erbschaftsentsagung hebt die Eigenschaft als Erbe nicht auf. Sie ist vielmehr als Veräußerung aufzufassen und nach den für solche geltenden Grundsätzen die rechtliche Wirkung einer solchen Entsagung zu ermessen; s. Entsch. d. O.-Trib. in Berlin Bd. XXVI. S. 253.

Zu 2) Unstreitig transmittirt derjenige Erbe, welcher sich der Rechtswohlthat des Inventars bedient, die Erbschaft auch während des Inventirens auf seine Erben, denn er ist ja dadurch schon Erbe. Man darf aber nicht übersehen, daß die Inventurshandlung an sich noch nicht den Erben zum Beneficialerben macht, denn auch der deliberirende Erbe kann inventiren, und muß es auch aus gewissen Rücksichten thun, denn unterläßt er es, so verliert er, wenn er dann antritt, die falcidische Quart, und muß, wenn er ausschlägt, die Interessenten zum jusjurandum in litem über die Größe des Nachlasses zulassen; l. 22. §. 13. C. 6. 30., Arndts Pand. §. 523. Anm. 1. Die Rechtswohlthat des Inventars, dessen rechtliche Erfordernisse und Wirkungen hier als bekannt vorausgesetzt werden, wird nur durch ausdrückliche Erklärung und unter den für sie gesetzlich bestimmten Zeitbedingungen erworben. Außerdem transmittirt der Erbe blos das Deliberationsrecht, er mag nun um eine Deliberationsfrist gebeten, oder sich gar nicht erklärt haben, weshalb er dann eben als deliberirend angesehen werden muß. Dieses Transmissionsrecht gilt aber nur für ein Jahr von dem kundgewordenen Erbschaftsanfall, und den Erbeserben kommt, wenn der Erbe im Lauf dieses Jahres stirbt, nur der Rest der einjährigen, oder wenn er sich eine bestimmte kürzere Frist erbeten hat, nur der Rest dieser Frist zu Statten; s. Mühlenbruch Thl. XLI. S. 322., v. Buchholtz in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 407. über den Einfluß der Zeit auf Antretung, Transmission und Ausschlagung des Erben.

Zu 3) Die bejahende Meinung gründet sich darauf, weil es in der l. 22. §. 13. C. 6. 30. heißt: liceat eis adire hereditatem et sine damno ab ea discedere; s. Reichhelm Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze S. 235.; Marezoll im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 275., Albrecht Rechtsfälle Bd. III. S. 256. §. 1. Da sich aber diese Auslegung nicht mit dem allgemeinen Grundsatz: semel heres semper heres vereinigen läßt, so ist gewiß derjenige Sinn vor-

zuziehen, welcher dem beneficium legis et inventarii blos die Wirkung beilegt, daß dadurch die frühere Gefahr der Erbschaftsantretung beseitigt ist, daß man also die Erbschaft antreten und dabei ohne Schaden wegkommen kann. Dafür hat man sich nun ziemlich allgemein entschieden; s. v. Buchholz in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 420., G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. S. 357., v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXII. S. 151., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLI. S. 365.

Zu 4) Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 843. not. d. führt dies unter den Vortheilen des errichteten Inventars auf, auch verneint Mühlenbruch a. a. O. S. 380. schlechterdings, daß der Erbe die über sein Eigenthum getroffene Disposition des Erblassers gelten lassen müsse. Allein dagegen ist einzuwenden, daß der Beneficialerbe in dem Fall allerdings zur Anerkennung verbunden werden kann, wenn ihm dafür hinreichende Vergütung aus der Erbschaft zukommt; Voet Comm. ad Pand. Lib. 6. tit. 1. no. 16., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 507. (170.), v. Buchholz a. a. O. S. 421. Sind aber der Erben mehrere, und der Erblasser hat nur über die Sache des Einen derselben disponirt, so braucht er nur nach Verhältniß seines Erbtheils, nicht auch für die Theile der übrigen Erben diese Disposition gelten zu lassen; l. 14. C. 3. 32. Darüber besteht übrigens kein Zweifel, daß der Beneficialerbe ein Vermächtniß, dessen Gegenstand seine eigene Sache ist, anzuerkennen verbunden sey, wenn er in der Erbschaft Entschädigung erhält; §. 1. J. 2. 24. — l. 114. §. 7. D. de leg. I. (31.)

Zu 5) Das in l. ult. §. 11. C. 6. 30. verbotene inquietare begreift jede Verfolgung wegen Forderungen, daher dürfen während der Inventursfrist auch keine rechtskräftigen Erkenntnisse gegen den Beneficialerben vollzogen und keine Arreste angelegt werden; Lauterbach Diss. de inventario heredis §. 17., Voet l. c. §. 19., Albrecht Rechtsfälle Bd. III. S. 255., Mühlenbruch Thl. XLI. S. 366., Brinz Pand. S. 676. Da aber das Gesetz ihn ausdrücklich nur gegen Legatare und Gläubiger schützt, wovon also auch hypothekarische Gläubiger nicht ausgenommen seyn können, der Vindicant hingegen nicht Creditor genannt werden kann, so ist wohl der Meinung beizustimmen, nach welcher Dritte, deren Eigenthum sich unter dem Nachlaß befindet, nicht verhindert werden können, dasselbe zu verfolgen; Voet l. c. Lib. 28. tit. 8. §. 17., v. Buchholz a. a. O. S. 412. not. 5., Mühlenbruch a. a. O.

Zu 6) Es scheint zwar nach l. 7. C. 4. 16., daß die Erbschaftsgläubiger kein Klagrecht gegen befriedigte Legatare haben: creditores hereditarios adversus legatarios non habere personalem actionem convenit, und deshalb spricht ihnen Elvers in d. allgem. jurist. Zeitung v. J. 1830. no. 52. das Klagrecht ab, wofern nicht ihre Forderung speciell auf der legirten Sache haftet. Allein jene Gesetzesstelle muß wohl im beschränkten Sinn genommen werden, denn l. 22. §. 5. C. 6. 30. gewährt ihnen gleichwohl die condictio indebiti; licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire vel hypothecis vel indebiti condictione uti, et haec, quae acceperint, recuperare: cum satis absurdum sit, creditoribus quidem jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare; s. Mühlenbruch Thl. XLI. S. 367. Mehreres hierüber s. unten Kap. X. §. 198. no. III. 5.

Hat übrigens der Erbe einzelne Chirographargläubiger bezahlt, so können weder gleichberechtigte noch privilegirte Personalgläubiger gegen jene Einspruch machen, weil das Gesetz dieses Recht den hypothekarischen Gläubigern gegen schlechtere Pfandgläubiger und Chirographarier zugesteht, die empfangene Sache oder Zahlung mit der act. hypothecaria resp. der condictio ex lege herauszufordern; Glück Thl. XIII. S. 240., Thl. XLI. S. 371., Donell. Comm. Lib. VII. cap. 3. §. 23., Zimmern Grundriß d. gem. in Deutschland geltenden Erbrechts. Anhang S. 71. Ueber die verschiedenartigen Collisionsfälle der Legatare mit Erbschaftsgläubigern sowohl, als mit Gläubigern des Erben s. Fritz im civilist. Archiv Bd. XII. S. 226.

Aus dem vorhin angeführten Grund wird man auch dem Erben, welcher vor Andern eine eigene Forderung sich selber validirt hat, um einer später sich herausstellenden Unzulänglichkeit des Vermögens willen nichts anhaben können, und die Zahlung dessen, was er selbst zu fordern hatte, eben so gut, als die an irgend einen anderen Gläubiger gemachte Zahlung gelten lassen müssen. Zwar gesteht v. Buchholtz a. a. O. S. 420. dem Erben dieses Occupationsrecht nur insoweit zu, als er im Concurs mit den Mitgläubigern gleich classificirt werden würde, man wird aber, um Consequenz zu beobachten, diese Beschränkung nur dann gelten lassen können, wenn die Unzulänglichkeit des Vermögens schon damals, als er sich zahlte, vorhanden war, oder wenn er sich per gratificationem, nämlich während sich bereits andere Gläubiger um Zahlung gemeldet hatten; zahlte oder sonst eine mala fides gegen ihn dargethan werden kann, s. Mühlenbruch a. a. O. Thl. XLI. S. 368—372., Mevii Decis.

P. II. no. 358. not. 4. Diese Rechtssätze sind übrigens in Folge des in Deutschland h. z. T. geregelten Concursverfahrens, welches eine höhere richterliche Thätigkeit in Ueberwachung streitiger Erbschaftsverhältnisse statuirt, insofern einer Modification unterworfen, als eine die Gläubiger gefährdende Insolvenz des Nachlassers sogar ein amtliches Einschreiten rechtfertigt; Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Bd. III. §. 700., Curtius Handb. §. 915. (Ed. 3.) Bei Legataren kann insbesondere in Erwägung kommen, daß sie nicht wie Gläubiger ihren Anspruch schon von selbst kennen; s. Erk. d. O.-A.-Ger. in Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1853. S. 14.

Zu 7) Obwohl dies von Mehreren aus guten Gründen verneint wird, s. Spangenberg in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 233., Heffter im civilist. Archiv Bd. X. S. 342., Dabelow vom Concurs der Gläubiger Kap. X. a. E. S. 296., weil diese Wohlthat vom Kaiser Marc-Aurel nur dem unschlüssigen Erben famae defuncti conservandae causa zur Erleichterung der Erbschaftsantretung verliehen war, l. 7. §. 17. 19. l. 8. l. 10. D. 2. 14., nachdem aber in der Folge das beneficium inventarii eingeführt worden ist, jener Grund offenbar wegfällt, so ist doch in der obgleich vielfach getadelten Praxis (s. Braun Erörterungen zu Thibaut S. 844., Mühlenbruch Thl. XLI. S. 375.) ziemlich allgemein angenommen, daß die Grundsätze d. R. R. vom pactum remissorium auf jedes in Concurs gerathene Vermögen Anwendung fänden; s. Pfeiffer prakt. Ausführ. Th. III. S. 11., Happel Anleitung zum Verfahren, Concursprocesse zu vermeiden §. 137., Voet Comm. ad Pand. Lib. 2. tit. 14. §. 26., Schweppe vom Concurs §. 19., W. H. Puchta Concursproceß §. 210. Richtiger wäre es wohl mit Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Bd. I. §. 172., nicht dem Erben, sondern nur den Verlassenschaftsgläubigern in ihrem Interesse eine solche Convention mit dem Zwangsrecht gegen die Minderzahl zuzugestehen.

Zu 8) Es wird zwar, s. Mevii Dec. P. IV. Dec. 92., gegen die Zulässigkeit einer Eideszuschiebung eingewendet, daß diese zum directen Gegenbeweis nicht stattfinde, während das Inventar für den Erben volle Beweiskraft hat; allein dagegen ist zu erinnern, daß das Recht der Interessenten, von dem Erben einen Eid zu verlangen, nicht an die Bedingungen des processualischen Gegenbeweises gebunden sey, vielmehr der Manifestationseid nach l. 22. §. 10. C. 6. 30. ohne weitere Bescheinigung der Verdachtsgründe von allen denjenigen gefordert werden kann, welche kurz vor oder nach dem Tode des Erblassers in dessen Haus sich aufgehalten haben; s. Glück

Thl. XI. S. 35., Thl. XLI. S. 411., Leyser Sp. 364. Med. 6. u. 7. Dies ist umsomehr anzunehmen, als h. z. T. die strengen formellen Bestimmungen d. R. R. über die Art der Inventurserrichtung, an welche sich doch die dem Inventar verliehene Beweiskraft knüpfte, meist außer Gebrauch gekommen sind; s. Mühlenbruch Thl. XLI. S. 362—364. u. 427. [Vergl. auch Renaud im hess. Archiv f. prakt. Rechtswissensch. VIII. S. 144.]

Zu 9) Da der Erbe solches Güterverzeichniß anerkennen muß, und nur den Gläubigern der Gegenbeweis nachgelassen ist, so ist die Erbschaftsantretung unter Berufung auf jenes Inventar, wenn sie in der gesetzlichen Inventursfrist erfolgt, für hinreichend zu achten; s. Mühlenbruch a. a. O. S. 428.

Zu 10) Daß dieses den Miterben nicht zu Statten komme, wenn es gleich die ganze Erbmasse umfaßt, ist außer Zweifel; s. v. Buchholz in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 449., Mühlenbruch a. a. O. S. 398. u. 428.

Zu 11) Die Inventur liegt immer nur dem Erben ob, und dies ist und bleibt der Fiduciar, daher der Fideicommissar nicht nur nicht nöthig hat, ein Inventar zu errichten, sondern auch nicht einmal durch dessen Errichtung sich die Vortheile verschaffen kann, welche mit dem Gebrauch des beneficium inventarii verbunden gewesen wären, wenn es der Fiduciarerbe nicht unterlassen hätte; Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 8. §. 26., Mühlenbruch a. a. O. S. 432.

Zu 12) Dritte, z. B. Gläubiger, können natürlich durch eine solche Anordnung des Testirers, daß seinem Erben die Inventur erlassen seyn soll, nicht verhindert werden, ein gehörig beglaubigtes Inventar zu verlangen, und der Erbe kann sich durch freiwillige Errichtung desselben immer noch das Recht eines Beneficialerben verschaffen. Hat aber der Erblasser das Inventiren gar verboten, so ist dies für Dritte wohl wieder ebensowenig bindend, und ebensowenig auch für den, welchem nur der Pflichttheil hinterlassen ist, s. Leyser Sp. 364. Med. 1.; aber dem Erben selbst bleibt dann nichts übrig, als sich nach möglichster Kenntnißnahme von den Verhältnissen der Erbschaft unbedingt zur Annahme oder Repudiation zu entschließen; Leyser l. c. Med. 1—3., Mühlenbruch Thl. XLI. S. 434., Schroeder D. de inventarii confectione §. 4—6., Rumpff D. de jure deliberandi §. 31.

Zu 13) Abgesehen vom Sächsischen Recht kann dies nicht angenommen werden, ausgenommen a) wo besondere Gesetze und Gewohnheiten es gestatten, s. Leyser Med. Sp. 365., v. Hartitzsch

Erbrecht §. 209. nota e.; [Dazu Roßhirt Dogmengeschichte S. 448. und Vering Röm. Erbr. S. 832.] b) wenn der Erbe ohne seine Schuld an der Errichtung eines förmlichen Inventars verhindert worden ist; Mevii Decis. P. VI. Dec. 180., Struben rechtl. Bedenken Bd. III. no. 86., Thibaut System §. 877. (Ed. 8.)

[Nach der heutigen Praxis werden die im Röm. R. vorgeschriebenen Inventarisirungssolennitäten (l. 22. §. 2. 3. C. 6. 30. — Nov. 1. c. 2.) nicht mehr streng befolgt, indem vielmehr obrigkeitliche Versiegelung des Nachlasses einzutreten pflegt: Mühlenbruch Thl. XLI. S. 355 ff., Arndts Pand. §. 523. Anm. 2., Vering Röm. Erbr. S. 519., v. Keller Pand. §. 535. Seuffert Pand. §. 572. sagt: „Die Rechtswohlthat des Inventars wird heutzutage dadurch geltend gemacht, daß der Erbe bei dem zuständigen Gericht erklärt, er trete die Erbschaft nur cum benef. invent. an, worauf sodann der Richter die Errichtung des Inventars, sowie die Befriedigung der Gläubiger und die Auseinandersetzung der Verlassenschaft überhaupt von Amtswegen besorgt" Hiergegen bemerkt Brinz Pand. S. 679., daß diese Rolle des Gerichts nicht mit der Stellung eines Erben vereinbar, und daß sie von Mandius u. A. nur als particularrechtliche Abweichung dargestellt werde, und fährt fort: „Aber selbst heutzutage lebt der römische Grundsatz, daß der Erbe inventirt, nicht blos für Siegelmäßige und etwa particularrechtlich, sondern auch auf gemeinrechtlichem Boden fort (s. Strippelmann Entscheid. III. 2. S. 18.); wenn hier das Gericht das Inventar aufnimmt, so vertritt es blos Notare und Zeugen; der Erbe behält seine erbrechtliche Disposition."]

---

§. 183.

3. Beneficium separationis bonorum.

Dig. XLII. 6. de separationibus. Cod. VII. 72. de bonis auctor. jud. possid. seu venund. et de separatione bonorum.

Gleichwie der Erbe durch das beneficium inventarii in den Stand gesetzt wird, sich gegen die absolute Identificirung mit seinem Erblasser, insofern sie ihm wegen der Schulden desselben gefährlich werden könnte, zu wahren, so ist umgekehrt den Gläubigern, sowie den Legataren des Erblassers, wenn es mit dem Vermögen des Erben bedenklich aussieht, in dem beneficium separationis

bonorum ein Hilfsmittel gegeben, um nicht anstatt eines besseren einen schlechteren Schuldner zu bekommen, und mit den Gläubigern des Erben zusammengeworfen zu werden. Diese Rechtswohlthat kann jedoch von solchen Gläubigern, welche sich nur an die Erbschaft halten und an das Vermögen des Erben durchaus keine Ansprüche machen wollen, nur innerhalb 5 Jahren nach angetretener Erbschaft, und nur insoweit nicht schon eine solche Vermischung der Güter eingetreten ist, welche eine Ausscheidung unmöglich macht, l. 1. §. 12. D. 42. 6., oder der Erbe die Erbschaft nicht schon in gutem Glauben verkauft hat, l. 2. D. eod., geltend gemacht werden. Arndts Pand. §. 524. Die Separation ist von den Gläubigern des Erblassers nicht bei dem Gericht, unter welchem dieser gestanden hat, sondern bei dem forum des Erben nachzusuchen; s. Dabelow Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 340.

Da die Gesetze keine Distinction machen, so ist die Meinung einiger Rechtslehrer (s. Brunnemann Tr. de concursu cred. §. 12., v. Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. XCIV. no. 11.), welche die Pfandgläubiger des Verstorbenen nicht zum Separationsrecht zulassen wollen, zu verwerfen: v. Dabelow a. a. O. S. 332., Frick D. de debitoris demortui creditor. ad separat. benef. admittendis. pag. 19., Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 919.

Nach l. 1. §. 7. D. 42. 6. können bei dem Concurse des Pupillarsubstituten eines Unmündigen, welcher die ihm von seinem verstorbenen Vater hinterlassene Erbschaft erworben, und sie bei seinem Tode dem im väterlichen Testament ernannten Substituten hinterlassen hat, nicht allein die Gläubiger des Vaters des Unmündigen, sondern auch die des Unmündigen selbst die Separation verlangen.

In l. 1. §. 6. D. eod. ist bestimmt: wenn Jemand eine fremde Erbschaft, die er an einen Fideicommissar restituiren soll, für insolvent hält, aber durch die Obrigkeit zur Antretung gezwungen wird, so hat, im Fall der Fideicommißerbe wegfällt, der Fiduciar das Recht, auf Trennung der in seiner Person vereinigten Vermögensmassen in der Maße anzutragen, daß zu den Gütern des Erblassers Concurs eröffnet wird, gleich als ob die Erbschaft gar nicht angetreten wäre; s. Dabelow a. a. O. S. 336. Den creditoribus peculii castrensis wird in der Praxis die Absonderung wegen des ihnen auf diesem Sondergut gebührenden Vorzugs gestattet; s. Schweppe röm. Privatrecht Bd. IV. §. 650. Verschiedene Ansichten s. Fritz im civilist. Archiv Bd. XII. S. 328.

der Gläubiger S. 344. ꝛc., v. Wening=Ingenheim a. a. O. Bd. III. §. 508. (172.), Schweppe a. a. O. §. 849., Brinz Pand. I. S. 677.

Zu 6) Die Restitution wird wegen verzeihlicher Unwissenheit zugelassen; Schweppe a. a. O., v. Wening=Ingenheim a. a. O., Lauterbach l. c. cap. 6. §. 4.

Kapitel VII.

Rechtsmittel des Erben.

§. 184.

Dig. V. 3. de hereditatis petitione. V. 4. si pars hereditatis petatur. V. 5. de possessoria hereditatis petitione. V. 6. de fideicommissaria hereditatis petitione. Cod. III. 31. de petitione hereditatis. Dig. XLIII. 2. Cod. VIII. 2. quorum bonorum. Cod. VI. 33. de Edicto Divi Hadriani tollendo. Dig. XXXVII. 9. de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus. Dig. XXV. 5. si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur. Dig. XXV. 6. si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur. Dig. XXXVII. 3. de bonor. possess. furioso, infanti, muto, surdo, coeco competente. Dig. XXXVII. 10. Cod. VI. 17. de Carboniano edicto. Cod. III. 20. ubi de hereditate agatur, vel ubi heredes scripti in possessionem mitti postulare debeant.

1) Die hereditatis petitio ist bekanntlich eine actio mixta,*) welche vom Erben und Universalfideicommissar, oder auch

*) tam realis quam personalis und findet daher auch gegen den statt, welcher von seinem ehemaligen Besitz eines erbschaftlichen Gegenstandes noch einen Vortheil hat; l. 19. pr. l. 20. §. 6. l. 25. §. 18. l. 28. D. 5. 3. v. Buchholtz hat zwar in seiner Recension der 1. Aufl. dieses Werks obigen Satz für eine bekannte Unrichtigkeit erklärt; s. Richter u. Schneider krit. Jahrb. v. J. 1848. Bd. XXIV. S. 974. Aber ungeachtet derselbe in s. jurist. Abh. no. 1. S. 22. die H. P. schlechthin den Realklagen subsumirt, rechtfertigt sich unser Satz gleichwohl dadurch, daß sie, wenn auch hauptsächlich Realklage, doch häufig persönliche Leistungen bezielt; s. Arndts im Rechtslex. Bd. V. S. 233., Fabricius im Rhein. Museum Bd. IV. S. 184. u. 194. In-

vom Erbschaftskäufer ꝛc. l. 54. pr. D. 5. 3. nach entweder wirklich erfolgtem oder rechtlich fingirtem Tod des Erblassers total oder partial gegen den entweder pro herede oder pro possessore possidens, wie auch gegen den possessor fictus und gegen deren Erben angestellt werden kann, um die Herausgabe der Erbschaft, oder des dem Kläger gebührenden Theils, oder dessen, was der Beklagte davon besitzt, cum omni causa zu bewirken. Auch derjenige, welcher nichts von den Erbschaftssachen besitzt, weil diese sich in den Händen eines Erbschaftscurators befinden, erscheint nach l. 13. §. 13. D. 5. 3., wenn er die Erbschaft für sich in Anspruch nimmt, als der rechte Beklagte, weil ja der Curator einer hereditas jacens nur in fremdem Namen besitzt; Flach Entsch. d. O.-A.-Ger. in Wiesbaden Th. I. S. 77. Kann aber derjenige, welcher auf zweierlei Art ein Erbrecht behaupten kann, wenn er zuerst aus dem Testament klagte, aber wegen dessen Ungiltigkeit den Proceß verlor, nun noch ein Intestaterbrecht libelliren?

1) Wenn zuerst auf Herausgabe eines Legats geklagt wurde, steht die erfolgte Entscheidung einer neuen Klage auf Zuerkennung der ganzen Erbschaft als res judicata im Wege?
2) Wenn der Erbschaftsklage aus einem Testament die Einrede der Ungiltigkeit desselben entgegengesetzt wird, was ist dann wegen Sicherung der Erbschaft Rechtens?
3) Da die H. P. nicht gegen Jeden, welcher aus irgend einem vermeintlichen Grund Erbschaftsstücke in Händen hat, sondern nur gegen den, welcher sie pro herede oder pro

---

stinian hat sie auch den b. f. act. zugesellt; §. 28. J. 4. 6. Einen Vorwurf hätte der Verf. wohl nur dann verdient, wenn er, wie früher Roßhirt im civilist. Archiv Bd. IX. S. 32. die H. P. für eine reine Personalklage erklärt hätte. Ob man aber wegen der unstreitig in ihr vereinigten verschiedenen Elemente mit Hübner's Zusätzen und Berichtigungen zu Höpfner Instit. S. 122. sagen will, sie sey eine doppelte Klage, oder, wie die Meisten, sie sey eine gemischte Klage, oder nach Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 415. „die H. P. hat die Beimischung von der Natur einer persönlichen Klage erhalten," ist wohl sehr gleichgiltig. Der große Cujacius T. IX. pag. 171. der Neapolitaner Ausg. sagt: Sic igitur, qui petit hereditatem, agit in rem et in personam: igitur petitio hereditatis agit in rem et in personam: igitur petitio hereditatis mixta est actio. — Die Kaiser Diocletian u. Maximinian erklären sie selbst für eine act. mixta, l. 7. C. 3. 31. und l. 25. §. 18. D. 5. 3. sagt ungefähr dasselbe.

possessore besitzt, stattfindet, und h. z. T. die zur nothwendigen Vorkenntniß darüber, ob nicht der Besitzer ex titulo singulari den Besitz ausübe, führenden interrogationes in jure nicht mehr gebräuchlich sind, wie hat sich der Kläger gegen die Gefahr einer unstatthaften Klage vorzusehen?

4) Kann, wenn ein anmaßlicher Erbe die Erbschaft als eine universitas verkauft hat, auch ein solcher Erbschaftskäufer mit der H. P. belangt werden?

5) Kann der Kläger, wenn er gegen einen fictus possessor den Werth der Erbschaft sammt dem Interesse obtinirt hat, dann doch noch den wahren Besitzer derselben in Anspruch nehmen?

6) Was kann der, welcher mit der H. P. belangt worden ist, in Abrechnung bringen?

7) Haben die Erben eines mit der hereditatis petitio belangten Besitzers einer fremden Verlassenschaft in solidum, oder hat nur Jeder für das zu haften, was er aus der fremden Verlassenschaft erhalten hat?

8) Kann der petitor oder possessor hereditatis, während ein Erbschaftsstreit schwebt oder bevorsteht, gegen Erbschaftsschuldner oder Besitzer von Erbschaftssachen klagen?

9) Können im gleichen Fall die Erbschaftsgläubiger oder Legatare gegen den possessor oder petitor hereditatis ungehindert Klage erheben?

9 [a]) [Ist eine lediglich auf Errichtung eines Inventars gerichtete s. g. präparatorische Klage zulässig?]

10) Ist das interdictum quorum bonorum, durch welches man den Besitz der Gesammtheit der Erbschaftssachen — oder wenigstens aller körperlichen Sachen — l. 1. §. 1. l. 2. D. 43. 2. zu erlangen sucht, blos provisorischer Natur?

11) Ein blos für die testamentarische Erbschaft brauchbares Rechtsmittel zur Erlangung der missio in possessionem, wenigstens auf alle Gegenstände eines körperlichen Besitzes,*)

*) Darauf wird häufig die missio von den Rechtslehrern beschränkt, v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 331. Das Gesetz sagt aber: mittatur in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, worunter nach dem Begriff einer universitas wohl der Besitz aller Erbschaftsgüter oder der Erbschaft zu verstehen seyn dürfte; Mackeldey Lehrb. §. 693., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 858., Mühlenbruch

ist bekanntlich das rem ex l. ult. C. de Edicto Divi Hadriani tollendo (6. 33.). Es fragt sich dabei

a) ob es auch aus einem mündlichen Testament ertheilt werde?

b) ob auch aus einem Erbvertrag?

c) ob es blos von dem im Testament eingesetzten Erben, oder auch von dem darin ernannten Executor angestellt werden kann?

d) was für Einreden in contradictorio zulässig sind?

12) Wie muß der Erbschaftskläger ein behauptetes Intestaterbrecht darthun?

Anmerkung. In Ansehung der missio in possessionem ventris nomine ex Edicto Carboniano und furiosi nomine wird auf die Lehrbücher verwiesen. Insbesondere vom Ed. Carboniano, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 512., Arndts Pand. §. 537. 538., v. Keller Pand. §. 550. 551.

Zu 1) Bejahend entscheidet l. 8. D. 5. 3. legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui, cum ignorabat vires testamenti, judicium defuncti secutus est.

Zu 1 [a]) Dahin, daß exc. rei jud. hier nicht entgegenstehe, wurde in einem im Archiv für d. Civil- u. Criminalr. d. K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XIII. Abth. I. S. 75. erzählten Fall entschieden.

Zu 2) Der Beklagte muß vorerst Caution leisten, und dann erst soll über die quaestio falsi erkannt werden, l. 5. §. 1. D. 5. 3., Glück Thl. VII. S. 509., wobei dem Kläger der Beweis, daß das Testament auf rechtsgiltige Art errichtet worden sey, obliegt; Glück a. a. O.

Zu 3) Die Praktiker helfen hier durch eine alternative Cumulation der Erbschaftsklage mit der Reivindication ab; Glück a. a. O. S. 520. Da man aber h. z. T. die Klage nicht zu benennen braucht, so wird der Kläger sich blos dahin vorsehen dürfen, daß seine Ausdrücke ebensowohl auf die Vindication, als auf die H. P. passen. Wenn aber der Kläger diese Vorsicht nicht gebraucht und seine Klage hereditatis petitio genannt hat, dürfte wohl der Richter, einer irrigen Benennung ungeachtet, die Klage in der Art, wie sie rechtlich bestehen kann, aufrecht halten; Leyser Med. ad Pand. Vol. II. Sp. 94. M. 2.

Zu 4) Nur wenn er in mala fide war, findet gegen ihn hereditatis petitio utilis statt; wenn er aber nicht wußte, daß seinem Ver-

---

Lehrb. d. Pandectenrechts §. 717. not. 5. 3. Aufl., Gerau in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 315.

käufer kein Recht an der Sache zustehe, so haftet er erst dann, wenn gegen den Verkäufer die Erbschaftsklage zwar angestellt wurde, aber nichts erholt werden konnte, mithin nur in subsidium, und nur so weit er bereichert ist; l. 13. §. 4. D. 5. 3., Glück a. a. O.

Zu 5) Von Mehreren wird dieses zwar, weil nach l. 57. D. 50. 17. Niemand das Seinige doppelt fordern könne, auch solches insbesondere mit l. 46. D. 6. 1. unvereinbar scheine, verneint; s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 5. tit. 3. §. 8., Hellfeld Jurispr. for. §. 565.; aber das Uebergewicht an Gründen und an Zahl ist auf Seite derjenigen, welche annehmen, daß das, was der Kläger zur Strafe vom fictus possessor erlangt, ihn nicht hindere, sein eigentliches Recht gegen den wahren Besitzer zu verfolgen. So entscheidet auch deutlich l. 13. §. 14. D. 5. 3. — l. 7. D. 6. 1. — l. 95. §. 9. D. 46. 3., Glück a. a. O. S. 530. u. 531. not. 8. und die dort angeführten Schriftsteller. Ebenso v. Keller Pand. §. 544 a. E.

Zu 6) Nicht nur, was er schon vor Uebernahme der Erbschaft am Nachlaß zu fordern hatte, sondern auch, wenn er bona fide besaß, selbst solche Forderungen, wofür ihm kein Klagrecht gegeben gewesen wäre; l. 31. §. 1. u. 2. D. 5. 3. — Glück a. a. O. S. 571.; ferner, was er auf die Person des Erblassers für Krankheits- und Beerdigungskosten verwendet hat, Zahlungen an Erbschaftsgläubiger und Legatare, endlich die auf die zu restituirenden Früchte verwandten Unkosten. v. Keller Pand. §. 546., Arndts Pand. §. 533. Uebrigens ist hierbei zwischen dem bonae und malae fidei possessor zu unterscheiden. Nur Ersterer kann Verwendungen auf Früchte, aus denen ohne seine Schuld nichts geworden ist, ferner auch für nicht mehr existirende nothwendige, nützliche und blos zur Zierde gereichende Verwendungen Vergütung verlangen, Letzterer nur für nothwendige, für voluptuöse gar nicht, und für nützliche nur, insofern sie noch vorhanden sind; Glück a. a. O. Von dem Zeitpunkt an, quo primum scierit quisque a se peti, wird aber auch der mit der hereditatis petitio belangte bonae fidei possessor dem malae fidei possessor gleich gehalten in Ansehung der Prästation der culpa, der Verbindlichkeit zur Restitution der Früchte, und insbesondere in Betreff der Ersatzverbindlichkeit wegen später erst vorgenommener Veräußerungen aus der Erbmasse, sowie in Ansehung der Verpflichtung zur Verzinsung der aus früheren Veräußerungen gewonnenen Kaufpreise; l. 20. §. 11. l. 25. §. 7. l. 31. §. 3. D. 5. 3. Nur auf die beiden letzten Wirkungen will zwar diese Gleichstellung beschränken Dollmann in Seuffert's Blättern f. Rechtsanw. Bd. VI. S. 355.,

wogegen. Arndts im Rechtslex. Bd. V. S. 227. not. 122. diese Beschränkung den Worten und dem Geist der einschlagenden Gesetze zuwider findet, aber auch gemäß l. 40. pr. D. 5. 3. gegen eine Ausdehnung entscheidet, welche man in v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 344. (Ed. 4) behauptet findet, als hafte er von erhobener Klage an auch für casus, wogegen sich auch v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 506. S. 408. der 6. Aufl. erklärt.

Wenn dem b. f. possessor die Erbschaft evincirt wird, so kann er dem Kläger gleichwohl die bezahlten Legate, wenn sie gleich durch die Eviction als ungiltig hinwegfallen, nach l. 17. D. 5. 3. in Aufrechnung bringen; hat er aber sonst Nichtschulden bezahlt, so kann er dies nicht; l. 20. §. 18. D. eod. Zwar glaubt v. Vangerow Pand. II. §. 508. S. 417 der 6. Aufl. (No. IV. 1.) den wörtlichen Inhalt der l. 20. cit. nec imputaturum, quod non debitum solvit auf den possessor b. f. *post controversiam motam* einschränken zu müssen, um dem b. f. possessor *ante controversiam motam* jedenfalls allen Schaden abzunehmen, er mag nun ungiltige Legate oder Nichtschulden bezahlt haben; aber im ersten Fall verdient er zwar Schonung, weil er den Willen des Erblassers vollzog, dagegen der zweite Fall über der Grenze hinaus liegt, welche das Gesetz zu ziehen nöthig fand, um den wahren Erben gegen den Leichtsinn des vermeintlichen Erben zu schützen; s. Arndts im Rechtslex. Bd. V. S. 231., welcher indessen einräumt, daß der b. f. possessor, wenn er irrthümlich angenommene Schulden aus den Erbschaftsgeldern selbst gezahlt hat, welchenfalls er nicht weiter bereichert ist, nur seine Klagen (cond. indeb.) abzutreten braucht; l. 31. pr. cf. l. 25. §. 11. l. 16. §. 7. D. 5. 3.

Zu 7) Der Kläger kann beliebig einen der Miterben ganz eigentlich auf Herausgabe des Nachlasses belangen, dieser muß alsdann alles Mögliche anwenden, um die hereditas des Klägers zur vollen Anerkennung zu bringen, muß das Inventar oder die eidliche Specification des Nachlasses herausgeben und sämmtliche Miterben zur getreuen Herausgabe dessen, was sie in Händen haben, nach Maßgabe des Inventars auffordern, er kann auch für die Andern zahlen und es mit dem judicio communi dividundo wieder von ihnen einklagen, aber er haftet im Nothfall doch nur für das, was er selbst besitzt, s. l. 32. pr. D. 15. 1., und die übrigen Miterben können alsdann, ob sie gleich durch die Klagen gegen den Einen von ihren unmittelbaren Verpflichtungen gegen den Kläger der Strenge des Rechts nach losgesprochen sind, gleichwohl von ihm noch hinterher einzeln auf Herausgabe alles dessen, was sie noch in Händen haben, sammt den Nutz=

funden hat, wohl nie in die Praxis eingedrungen; Schweppe röm. Privatr. Th. V. §. 858., Puchta Pand. §. 519., Leyser Med. Sp. 500. Med. 2., Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. V. S. 257., vergl. Fabricius im Rhein. Mus. Bd. IV. S. 165.

Zu 11) Die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels auch in dem zu a) bezeichneten Fall wird zwar von Manchen vertheidigt, allein aus dem Gesetz kann diese Meinung, wenn man nicht etwa ein testamentum nuncupativum in scripturam redactum im Sinne hat (s. Geiger und Glück Rechtsfälle Th. I. no. 7.), wohl nicht gerechtfertigt werden; s. v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 325., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 518. (201.)

Zu b) Die Bejahung dieser Frage s. Stryck Us. mod. Lib. 43. tit. 2. §. 2., scheint keinem gegründeten Zweifel unterworfen.

Zu c) Unstreitig steht es nach l. 3. C. 6. 33. nur dem heres ex asse vel ex parte zu, daher auch dem fideicommissarius universalis, nicht auch singularis und legatarius.*)

[Ueber den heres ex re certa entschied das vormal. O.-A.-G. zu Wolfenbüttel (1844): „Es fragt sich, ob nicht — die Ausschließung des Legatars von dem Gebrauche des remedii vorausgesetzt — dasselbe dem auf eine gewisse Sache eingesetzten Erben nach l. 13. C. 6. 24., welche diesen dem Legatar gleichstellt, zu versagen sey. Die Frage ist zu verneinen. Denn durch jene Bestimmung hat, wie das auch in der neuesten Zeit die Rechtslehrer anerkennen, keineswegs gesagt werden sollen, daß der in re certa eingesetzte Erbe in jeder Beziehung als Legatar anzusehen, die Erbeigenschaft aber gar nicht in Betracht zu ziehen sey. Derselbe ist vielmehr wahrer Erbe und jedenfalls nur dem Prälegatar gleich zu behandeln, dann aber auch ebenso wie dieser für befugt zu achten, sein Recht auf die ihm zugewiesene Sache durch die actio fam. hercisc. geltend zu machen (l. 17. §. 2. D. de legat. I.). Steht ihm aber dieses gerade durch die Erbenqualität bedingte prätorische Rechtsmittel zu, so ist ihm noch weniger jenes nur possessorische Rechtsmittel abzusprechen." Seuffert's Archiv IX. No. 317.]

Dem Testamentsexecutor wird es, — wie schon oben in Kap. III. §. 167. zur Fr. 5. bemerkt wurde — indem er vice et loco heredis betrachtet wird, ex opinione Doctorum gleichfalls eingeräumt, s. Lauterbach Diss. de executoribus ultimarum voluntatum cap. 9.

*) Daß dasselbe auch legatariis zustehe, wie Leyser Sp. 381. Med 5. annimmt, und wofür Mynsinger Cent. 5. Obs. 61. die reichsgerichtliche Praxis behauptet, ist eine nun wohl allgemein verworfene Meinung; s. v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 325., Seuffert's Archiv XII. No. 50.

no. 25. Doch dürfte dies in dem Fall, wo unter mehreren Testamentserben selbst Streit über die Giltigkeit des Testaments obwaltet, und der Testamentsvollzieher sich nicht wohl als executor universalis schon vorläufig behaupten kann, eine Ausnahme leiden und vielmehr die obrigkeitliche cura hereditatis eintreten.

Zu d) Nach den Regeln des summarischen Processes können gewiß nur solche Einreden wirksam werden, welche sogleich liquid gemacht werden können; v. Wening-Ingenheim im Lehrb. Bd. III. §. 518 (201.) Dazu gehört, nach dem Inhalt des Gesetzes selbst, die Einrede der Verjährung, und ohne Zweifel auch die Berufung auf ein vorliegendes späteres mit keinem sichtlichen Fehler behaftetes Testament; s. v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 333., Mayer Erbrecht Bd. I. S. 420., v. Vangerow Pand. II. §. 510. not. 2. — l. 3. C. 6. 33. sagt: ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit: sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit.

Indem man gewöhnlich nur Einreden, welche sich auf ein vitium visibile des Testaments gründen, als zulässig betrachtet, — denn gegen weitere Ausdehnung auf materielle Mängel ist besonders entscheidend l. 2. C. 6. 33. und Paul'i rec. sent. III. 5. §. 14., v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 333. — führt Leyser Sp. 500. Med. 14—19. mehrere Beispiele von vitia visibilia an, und führt sie auf den Grundsatz zurück: erit vitium visibile, quum requisitum quoddam essentiale testamenti in protocollo aut instrumento non apparet. Es ist demnach als ziemlich allgemein anerkannt anzunehmen, daß Einreden, welche auf innere Mängel des Testaments, z. B. der fehlenden testamenti factio, der Verfälschung, Inofficiosität und dergleichen gegründet werden, lediglich in das Petitorium zu verweisen seyen. Von selbst versteht es sich übrigens, daß das remedium qu. ebensowenig als die H. P. gegen Jemanden, der etwas aus des Erblassers Vermögen aus einem titulo singulari besitzt, stattfindet; s. Roßhirt testam. Erbrecht Bd. II. S. 78.

Zu 12) Wenngleich Einige, z. B. [Struben Rechtl. Bedenken I. 22., Spangenberg III. S. 206., v. Bülow u. Hagemann Erört. VI. S. 336., Gesterding Ausbeute I. S. 119. 225.,] Bethmann-Hollweg Versuche ꝛc. S. 363. den schwierigen Beweis, daß kein näherer Intestaterbe vorhanden sey, welcher in vielen Fällen nur durch Edictalladung geführt werden könnte, von ihm fordern, so hält doch die große Mehrzahl der Rechtsgelehrten es zunächst für hinreichend, daß der Kläger nur überhaupt seine Verwandtschaft mit dem

Erblasser, oder seine Stellung unter den zur Intestaterbfolge im Allgemeinen berufenen Personen beweise, so daß erst des Beklagten Anführung anderer näherer oder naher Erben ihn (ganz oder theilweise) zurücktreibe, oder zu dem weiteren Beweis nöthige, daß diese ihm dennoch nicht im Wege stehen. Nur wenn der Beklagte selbst ein Verwandter des Erblassers ist, muß der Kläger seine nähere Verwandtschaft beweisen, s. Glück Thl. VII. S. 510., Thibaut System §. 891. (Ed. 8.) oder vielmehr muß dann jeder Theil sein Verwandtschaftsverhältniß beweisen; s. Göschen Civilrecht Bd. III. 2. S. 417., Arndts im Rechtslex. Bd. V. S. 220. [Ebenso Carpzov Observ. I. P. 2. Obs. 448., IX. Obs. 115., Leyser Med. Sp. 98. med. 8. 9., Sp. 155. med. 2—4., Hommel Rhaps. Qu. 1. Obs. 176., Schweppe Privatr. V. S. 191., Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. S. 163 ff. u. Erk. d. O.=A.=Ger. zu Lübeck in der Samml. v. Entsch. in Frankf. Rechtssachen V. S. 168.]

Kapitel VIII.

Vom Verhältniß zu Miterben.

§. 185.

1. Judicium familiae* erciscundae.

Dig. X. 2. Cod. III. 36. familiae herciscundae. Cod. III. 38. communia utriusque judicii tam familiae hercisc. quam communi dividundo.

Sowie ich die petitio hereditatis partiaria gegen denjenigen anstelle, welcher mich als Miterben nicht anerkennt, so richte ich die act. fam. erciac. gegen denjenigen, welcher — gleichwie ich ihn als Miterben voraussetze — so auch mich als Miterben anerkennt, aber den mir als solchen zukommenden Ansprüchen auf Rechnungsablage,

*) Familia für einen Inbegriff von Sachen — Erbschaft — genommen: erctum ein ungetheiltes Ganzes; cio soviel als divido; also familiam erciscere soviel als eine bisher gemeinschaftlich gewesene Erbschaft theilen. So hieß es in den L.L. XII. tabularum: nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto. Ueber die Folgen dieses Satzes s. Glück Thl. XI. §. 725.

Theilung u. s. w. nicht Genüge leistet. Bin ich nicht gewiß darüber, ob er mich als Miterben anerkennt, so cumulire ich die H. P. partiaria und die act. fam. ercisc. successiv; Schmidt Comm. über seines Vaters J. L. Schmidt Lehrb. von Klagen rc. Bd. III. §. 624. Es entsteht

1) dabei die Frage, ob, wenn ich act. fam. erciscundae geklagt habe, mir noch der Rücktritt zur H. P. zustehe, wenn ich den Beklagten nur irriger Weise als Miterben angesehen hätte?
2) Ist ein testamentarisches Verbot der Theilung, oder ein Vertrag unter den Erben, wodurch auf Theilung verzichtet wird, verbindend?
3) Inwiefern kann die Theilungsklage durch Verjährung ausgeschlossen werden?
4) Da die act. fam. ercisc. als actio universalis nur einmal angestellt werden kann, s. l. 20. §. 4. D. 10. 2., so fragt sich, was für ein Rechtsmittel gegeben ist, wenn sich hinterher noch zur Erbschaft gehörige Sachen finden, oder ein abwesender Miterbe bei der Theilung vergessen worden war?
5) Können mehrere gemeinschaftliche Erbschaften, auch wenn bei einer derselben noch ein Dritter als Miterbe betheiligt wäre, in Ein judicium gezogen werden?
6) Wie ist bei untheilbaren Erbschaftsgegenständen zu verfahren, und kann insbesondere bei Grundstücken, wenn sich die Erben über den Werth nicht vereinigen können, deren Subhastation verlangt werden?
7) Kann wegen einer dem Erblasser versprochenen Prädialservitut Jeder seiner mehreren Erben in solidum klagen?
8) Was für eine besondere Regel ist wegen Theilung solcher Erbschaftsstücke, welche noch mit einem Dritten gemeinschaftlich sind, zu beachten?
9) Ist der Theilungsgrundsatz: major dividit, minor eligit, oder unter Erben verschiedenen Geschlechts, daß die Frauensperson die Theile macht, die Mannsperson aber ohne Rücksicht auf Alter die Wahl hat, als gemeinrechtlich anzuerkennen?
10) Inwiefern kann eine Erbtheilung auf den Grund eines Irrthums als verletzend angefochten werden?
11) Es liegt von selbst wohl in der Natur einer unter den Erben getroffenen Theilung, daß sie sich gegenseitig Eviction

zu prästiren haben; wie aber, wenn der Testator selbst die Vertheilung getroffen hat?

12) Unter den aus Lehrbüchern bekannten Verbindlichkeiten, welche Gegenstand der act. fam. erc. seyn können, kommt auch der Manifestationseid vor, welchen diejenigen Miterben unstreitig zu leisten haben, welche zur Zeit des Todes oder kurz zuvor oder darnach in der Wohnung des Erblassers sich aufhielten; l. ult. §. 10. C. 6. 30., Malblanc Doctr. de jurejur. §. 48., Glück Thl. XI. S. 35. [s. dagegen Renaud im Hess. Arch. f. pract. Rechtswiss. VIII. S. 146.] Da entsteht nun die Frage, was Rechtens sey, wenn diese die Ableistung des Manifestationseides beharrlich verweigern?

Zu 1) Nach der angemessensten Erklärung der l. 36. und 37. D. 10. 2., s. Glück Thl. XI. S. 12. u. S. 83., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 514. no. 4., ist anzunehmen, daß der bloße Irrthum mir nicht schaden und also mich an dem Uebertritt zur H. P. nicht hindern dürfe, so lange nicht in dem juridicium fam. ercisc. wirklich erkannt, oder gar dem Urtheil von mir schon Folge geleistet ist, Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. X. tit. 2. §. 9., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. §. 3061. not. 6., denn solchenfalls könnte nur noch restitutio in integrum in Frage kommen; l. 3. C. 7. 58. — l. 2. D. 4. 1. — Voet Comm. ad Pand. Lib. X. tit. 2. §. 34., Glück a. a. O. S. 86.

Zu 2) Verbot und Verzicht sind nur dann verbindend, wenn sie sich blos auf eine gewisse Zeit beschränken; l. 14. §. 2. D. 10. 3. — l. 4. pr. D. 28. 7. — v. Quistorp Beitr. zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien no. 30.

Zu 3) Man muß unterscheiden, ob sich die Miterben die Verjährungszeit hindurch als gemeinschaftliche Erben anerkannt haben, oder nicht. Im ersten Fall steht die noch so lange beliebte Fortsetzung der Gemeinschaft dem Antrag auf Theilung nicht entgegen. Im zweiten Fall kommt dem Besitzer allerdings die Verjährung des ausschließenden Rechts zu Statten; s. Glück a. a. O. S. 22., Voet Comm. ad Pand. Lib. X. tit. 2. §. 33.

Zu 4) Wegen übersehener Erbschaftsobjecte findet noch die act. comm. div. statt, einem abwesenden Miterben kann aber die geschehene Theilung nicht präjudiciren, folglich ihn auch an Anstellung der act. fam. erc. nicht hindern; l. 44. §. 2. D. 10. 2. — l. 17. C. 3. 36.

vergl. l. 20. §. 4. D. 10. 2. Auch ist die act. fam. erc., wenn sie früher noch nicht angestellt war, der bereits vorgenommenen außergerichtlichen Theilung ungeachtet, so lange zulässig, als nur noch eine einzige res indivisa vorhanden ist; v. Pufendorf Observationen S. 45. cf. l. 9. C. 3. 38.

Zu 5) Die l. 25. §. 3. u. 4. D. 10. 2. gestattet dieses, doch wird der Richter Vorsicht gegen Verwirrungen gebrauchen müssen; v. Gönner Handb. d. Proc. Bd. IV. S. 158. no. 76. §. 5. Vergl. Seuffert's Archiv IX. No. 190.

Zu 6) Es sind hier folgende Fälle möglich:

a) Die Erben sind über den Werth der Sache einig, aber Mehrere möchten sie um denselben Preis übernehmen. Da ist dem der Vorzug zu geben, welcher den größten Antheil an der Erbschaft hat, l. 34. §. 2. C. 8. 54. — und wenn Alle zu gleichen Theilen erben, so entscheidet das Loos §. 23. J. 2. 20. — l. 5. D. 10. 2. — l. 3. C. 6. 43.

b) Die Erben sind über den Preis der Sache nicht einig; — dann findet Licitation statt, und zwar der Regel nach unter den Erben selbst; l. 22. §. 1. D. 10. 2. — l. 1. C. 3. 37., Thibaut System §. 730 Da aber nicht immer alle Erben im Stande sind, an der Licitation Theil zu nehmen, sonach der Fall seyn kann, daß ein Miterbe zu wenig bietet, der andere aber doch nicht im Stande ist, ihn zu überbieten, oder der Meistbietende unfähig ist, die Andern abzufinden, so tritt dann öffentliche Subhastation ein; l. 3. C. 3. 37., Struben rechtl. Bedenken Th. II. no. 28., Hagemann prakt. Erörter. Th. V. S. 238., v. Hartitzsch Entscheid. praktischer Rechtsfragen S. 262., Hommel Rhaps. Vol. II. Obs. 358., Gottschalk Disc. for. T. II. pag. 377. Denn nach l. 21. l. 28. D. 10. 3. ist der Richter bei Uneinigkeit der Interessenten immer auf dasjenige Theilungsmittel angewiesen, wodurch nach den jedesmaligen Umständen das Beste und der Vortheil des Ganzen befördert wird; und präsumtiv kann nur durch öffentliche Versteigerung der wahre Werth ermittelt werden; vergl. Glück Thl. XI. S. 52., Voet Comm. ad Pand. Lib. X. tit. 2. §. 22. Gemeinschaftliche Urkunden werden bei einer gemeinschaftlich oder durch Stimmenmehrheit erwählten Person niedergelegt, und wenn die Interessenten sich über die Wahl nicht einigen können, so entscheidet der Richter mit Rücksicht auf Alter, Ansehen und Geschlecht der Person; l. 5. C. 3. 38. — l. ult.

D. 22. 4. — l. 5. D. 10. 2. Wenn die Theilung einer Mehrheit von Erbschaftsgrundstücken durch Verloosung unter den Betheiligten (mit etwaigen Hinauszahlungen) geschehen kann, so ist dieselbe dem Weg der öffentlichen Versteigerung vorzuziehen, indem Niemand selbst justo pretio seine Sache wider Willen verlieren soll; l. 52. §. 3. D. 10. 2. — §. 4. 5. J. 4. 17. — l. 22. §. 1. l. 55. D. 10. 2. — l. 3. C. 3. 37., Flach Entscheid. d. O.-A.-Ger. in Wiesbaden Th. II. S. 45.

Zu 7) Wegen der Untheilbarkeit solcher Obligation ist, wie schon in der Lehre von Servituten bemerkt wurde, jedem Erben des Promissars, und ebenso gegen jeden Erben des Promittenten die Klage gegeben; l. 25. §. 9. D. 10. 2.; s. oben Kap. III. §. 111. zu Fr. 9.

Zu 8) In dem Fall, wenn der Erblasser mit einem Dritten eine Sache gemeinschaftlich besessen hat, muß der Richter nicht jedem seinen Antheil, sondern den ganzen Antheil des Verstorbenen an der gemeinschaftlichen Sache einem der Miterben allein zuerkennen, damit der Dritte nicht zu viel Theilhaber erhalte; l. 25. §. 6. D. 10. 2., Glück Thl. XI. S. 53.

Zu 9) Zwar ist in mehreren deutschen Ländern durch das Ansehen der Canonisten, welche sich deshalb auf Cap. 1. X. de parochiis (3. 29.) beriefen, dieser Grundsatz eingeführt und besonders in Sachsen noch h. z. T. gemeinüblich; s. Carpzov Jurispr. for. P. III. const. 15. def. 24., v. Trützschler Anweisung zur vorsichtigen Abfassung rechtl. Aufsätze Th. I. S. 529. not. c. (Ed. 2.), Selchow Elem. jur. germ. §. 645. Außerhalb Sachsen müßte aber, daß dieses Kührrecht eingeführt sey, bewiesen werden; Leyser Med. ad Pand. Sp. 115. Med. 7., Glück a. a. O. S. 75.

Zu 10) Im Fall

a) die Theilung durch richterliches Erkenntniß geschehen ist, kann nur ein Irrthum in der Berechnung allezeit reparirt werden. Error calculi est perpetuus, nec per se habet definitivam, l. 1. §. 1. D. 49. 8. Liegt aber die Verletzung in unrichtigen Werthsanschlägen, so kann die autoritas rei judicatae selbst nicht durch eine Verletzung über die Hälfte unwirksam gemacht werden, l. 3. C. 3. 38., wo nicht besondere gesetzliche Restitutionsgründe vorhanden sind; s. Braun Erörterungen zu Thibaut S. 669. — Glück a. a. O. S. 89.

b) Ist die Theilung außergerichtlich geschehen — und als außergerichtlich ist sie auch ungeachtet gerichtlicher Bestätigung anzusehen — so gilt vom Irrthum in der Berechnung das vorhin

Gesagte auch hier; so auch ist der Fall, wenn ein Theilhaber sich darüber geirrt hätte, der wievielste Antheil ihm an der Erbschaft gebühre, nur nach den allgemeinen Rechtsvorschriften über die Wirkungen des Irrthums zu betrachten. Rührt aber die Verletzung von einer irrigen Annahme der Werthsverhältnisse her, so pflegt man gewöhnlich die l. 2. C. 4. 44. hierher zu ziehen, und daher nur im Fall einer Verletzung über die Hälfte einer Rescission der fehlerhaften Theilung zu gestatten;*) s. Mühlenbruch Lehrb. Th. III. §. 719. not. 5., Mackeldey Lehrb. §. 695., Struben rechtl. Bedenken Th. I. S. 379., Thibaut System §. 888. (Ed. 8.), G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. I. no. 76. Allein, wenn gleich in der Wirkung aus der Erbtheilung ein dem Kauf gleiches Verhältniß hervortritt, so sind doch beide Geschäfte nicht ihrer rechtlichen Natur nach vollkommen gleich. Beim Kauf nämlich erfordern die Gesetze kein absolut gleiches Verhältniß zwischen dem Werth der Sache und dem Kaufpreis, vielmehr sagen sie: in pretio emtionis venditionis naturaliter licet contrahentibus se circumvenire, wogegen bei Theilungen das Princip der Gleichheit obenan steht, und der wesentliche Typus des Geschäfts ist: l. 4. C. 3. 37. ut in omnibus aequabilitas servetur, et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformetur; l. 3. C. 3. 38. cf. l. 6. §. 2. D. 23. 3. quia bono et aequo non convenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum, — daher viele Rechtslehrer, besonders Glück a. a. O. S. 93. und die daselbst in not. 49. angeführten Schriftsteller, nicht gerade eine Verletzung über die Hälfte für erforderlich achten, um dem Verletzten Hilfe zu gewähren, und ohne Rücksicht auf das, was bei andern negotiis bonae fidei Rechtens ist, dem speciellen Gesetz l. 3. cit. folgen. Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel *perperam***) sine judicio factis divisionibus solet subveniri; Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. I. no. 76., Bd. II. Abthl. 2. no. 176. qu. 3. u. 4., Cramer Obs. jur.

---

*) und dies auch dann, wenn die Theilung durch das Loos bewerkstelligt wurde; s. Walch Controv. pag. 671., Crell Diss. utrum divisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit. Vitemb. 1743., Cocceji jus controv. Lib. X. tit. 29. u. 9.

**) Der Gegensatz von recte, also unrecht, unrichtig; s. l. 8. §. 4. D. 8. 5., Brissonius de verb. signific. v. perperam, Scheller lat. Lexicon voc. perperam.

univ. T. II. P. II. Obs. 770., Elsässer Diss. an ad impugnationem divisionis extrajudicialis laesio requiratur ultra dimidium. Erlang. 1798., Reinhardt Ergänzungen zu Glück's P.-C. Bd. IV. S. 100. Andere unterscheiden, ob die Verletzung des Miterben im Antheile oder im Anschlage stattgefunden hat, und lassen die Anfechtung im ersten Fall unbedingt, im zweiten Fall aber nur bei einer Verletzung über die Hälfte zu; v. Hartitzsch Entscheidungen no. 168., Struben rechtl. Bedenken Bd. I. no. 157., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 6. th. 3. not. 9. Der Gerichtsbrauch läßt sich weder für die eine noch die andere Meinung bestimmt nachweisen, wie Stryck Us. mod. Lib. X. tit. 2. §. 8. bemerkt.*) Feste Normen gibt der Code Napoleon Art. 887., wornach die Verletzung den vierten Theil, und das Würtemberg. Landrecht Th. II. Tit. 14. S. 282., wornach sie den dritten Theil des Werths betragen muß: s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 397., welcher auch insbesondere dafür ein Präjudiz anführt, daß, wenn bei einer Gütertheilung die Läsion in Gütern geschehen war, auch die Vergütung oder Ausgleichung in Gütern gefordert werden könne, und der Verletzte nicht ein Aequivalent in Geld dafür anzunehmen brauche.

c) Hat der Testator selbst eine Vertheilung getroffen, so kann natürlich nur im Fall einer Verletzung des Pflichttheils auf Ergänzung geklagt werden.

Zu 11) Darüber kann wohl kein Zweifel seyn,

a) daß Eviction wenigstens da geleistet werden müsse, wo durch die Entwährung der Pflichttheil verletzt wäre, und eben so

b) daß da, wo der Vater einem Kind etwas prälegirt hat, rücksichtlich der Eviction dieselben Grundsätze beobachtet werden müssen, nach welchen der Erbe gegen einen legatarius rei alienae nach l. 10. C. 6. 37. u. l. 28. §. 3. D. de leg. III. (92.) dazu

---

*) Immerhin darf man aber annehmen, daß nur sehr bedeutenden Uebervortheilungen eines oder des andern Miterben Rücksicht bei der Rescissionsfrage zuzuwenden sey; denn sehr richtig bemerkt Flach Entscheidungen des Herzogl. Nassauischen Oberapp.-Gerichts Bd. I. S. 49., daß sonst jede Theilung eine Quelle unübersehbarer Processe seyn würde, indem einer in einem Punkt wirklich vorhandenen Benachtheiligung in anderen Punkten wieder Vortheile gegenüberstehen können, welche auch wohl die Einwilligung motivirt haben können, daher immer die ganze Theilung von Neuem wieder erörtert werden müßte.

verbunden ist oder nicht. Desto zweifelhafter ist die Sache bei einer eigentlichen Theilung, besonders eines Vaters unter seinen Kindern. Die nächsten Entscheidungsquellen liegen in l. 77. §. 8. D. de leg. II. (31.) und l. 33. D. 10. 2. — Erstere scheint bestimmt den vorerwähnten Fall eines einzelnen Prälegats von dem andern Fall einer gemeinschaftlichen Theilung unter den Kindern zu distinguiren, und im letzteren Fall wird übereinstimmend mit l. 33. cit. gegenseitige Evictionsverbindlichkeit angenommen, wofür denn freilich auch die Vermuthung gleicher väterlicher Liebe gegen die Kinder streitet. Dies dürfte auch wohl als die herrschende Meinung anzusehen seyn; Stryck Us. mod. Lib. X. tit. 2. §. 9., Cocceji Jus controv. Lib. X. tit. 2. qu. 11., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 672., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 280., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 860., zu welcher auch Thibaut von seiner früheren abweichenden Meinung, s. dessen System §. 729. der dritten Ausg., später übergegangen ist, s. §. 880. der achten Aufl. verb.: „wenn der Erblasser selbst getheilt hat, so sind sich die Miterben in der Regel Evictionsleistung schuldig"; vergl. Braun Erörterungen zu §. 729. — Glück Thl. XI. S. 107. und so auch v. Hartitzsch Entscheidungen rc. no. 178. macht gleichwohl eine Ausnahme, wenn die Theilung unter anderen Erben als Kindern vom Testator gemacht sey, und nimmt da, weil sie hier blos als actus liberalitatis erscheine, die Grundsätze über Eviction eines Legats an. Diese Unterscheidung ist aber wohl nach v. Buchholtz Lehre v. d. Prälegaten S. 365. als principienwidrig zu verwerfen, vielmehr müssen überall die Erben für die Eviction eines Erbtheils einstehen; l. 66. §. 3. D. 21. 2. — l. 14. C. 3. 36. — l. 7. C. 3. 38. Dies ist auch gegen Pfeiffer Diss. de praelegat. §. 26. in dem Fall geltend, wenn der Erblasser die Erbschaft in der Form von Prälegaten vertheilt hat.

Zu 12) Die Entscheidung dieser Frage hat wohl keine Schwierigkeit, wenn es sich um den Abgang bestimmter Gegenstände handelt, deren Werth allenfalls durch den Würderungseid festgestellt werden kann. Gewöhnlich ist aber der Manifestationseid genereller Natur; wer denselben verlangt, weiß gewöhnlich gar nicht, was oder wie viel abhanden gekommen sey. Er müßte nun zwar, da der den Manifestationseid Verweigernde sich wohl immer in dolo oder culpa lata befinden wird, zum juramentum in litem affectionis gelassen werden,

scheut er aber diesen Eid, so statuirt man gewöhnlich Geld- und Gefängnißstrafen, als die einzig möglichen, aber freilich sehr mißlichen Zwangsmittel zum Eid oder Meineid, — und wenn auch diese nicht fruchten, was dann? Es bleibt dann wohl nichts Anderes übrig, als den durch seine boshafte Weigerung des crimen expilatae hereditatis oder stellionatus höchst Verdächtigen bei der Criminalbehörde zu denunciren, welche rücksichtlich der Erforschungsmittel einen viel größeren Spielraum hat, als das Beweisverfahren des Civilprocesses zuläßt; s. Rödiger Versuch einer vollständigen Entwickelung der Lehre vom Manifestationseid. Lpzg. 1831., vergl. Reinhard Ergänzungen zu Glück's P.-C. Bd. IV. S. 98.

§. 186.

2. Von der Collationsverbindlichkeit.

Dig. XXXVII. 6. de collatione. XXXVII. 7. de dotis collatione Cod. VI. 20. de collationibus. Nov. 18. c. 6.

a) Wer ist verbunden, zu conferiren?

Nachdem die aus l. 20. C. 6. 20. von Unterholzner Diss. pertractans historiam doctrinae jur. Rom. de collationibus pag. 67. abgezogene Meinung, als müßten hienach alle Pflichttheilsberechtigte, folglich auch Ascendenten und bezüglich auch Geschwister als collationspflichtig erachtet werden, nach Thibaut's Berichtigung im civil. Archiv Bd. V. S. 330., Heidelberger Jahrbücher vom J. 1810. S. 93., Francke civilist. Abhandl. S. 203. u. A. allgemein als irrig verworfen ist, somit feststeht, daß nur Descendenten, somit auch postumi, falls sie lebend zur Welt kommen, desgl. liberi adoptivi und legitimati, wenn sie anders erben wollen,*)

*) Die abweichende Meinung Einiger, daß auch derjenige, welcher die Erbschaft ablehnt, doch zu conferiren verbunden sey, s. Kretschmann Beiträge zur Berichtigung der positiven Rechtsgelehrs. Bd. I. S. 181., Lammers Erörterung der Frage, ob die Renunciation der Erbschaft von der Collation befreie? Erlangen 1795. hat in Praxi keinen Eingang gefunden, s. dagegen Roesler renunciat. heredit. ab onere collat. liberare, contra Lammers Frcf. ad Viadr. 1800., Pfitzer über die Collation §. 63. Freilich Verletzungen des Pflichttheils gut zu machen, könnte durch Erbschaftsentsagung nicht umgangen werden. Der Descendent, welcher nur ein Legat erhält, ist zur Collation weder berechtigt noch verpflichtet; l. 4. D. 37. 7. — Ueber die Collation der feuda nova und der Meliorationen in feudis antiquis ist auf das Lehensrecht zu verweisen; s. auch Voet Comm. ad Pand. 37. tit. 6. §. 17., Pfitzer über die Collation §. 157—168.

l. 8. l. 9. D. 37. 6., dann aber auch ohne Unterschied, ob sie ab intestato oder ex testamento succediren, wenn sie nur im letzteren Fall (dies ist wenigstens die gemeine, jedoch, s. Fein d. Recht d. Collation S. 374., nicht unbestrittene Meinung) auch ohne Testament succedirt haben würden, s. Nov. 18. cap. 6., v. Buchholtz Versuche S. 66., Thibaut System §. 951., Pfizer v. d. Collation der Descendenten §. 78., gegen einander collationspflichtig sind, kommt noch in Frage:

1) Müssen auch liberi naturales unter sich conferiren?
2) Auch die Gläubiger eines in Concurs gerathenen Descendenten, und muß hinwiederum ihnen conferirt werden?
3) Wenn der collationspflichtige Descendent gestorben ist, muß auch derjenige, welcher durch Accrescenzrecht oder Substitution an seine Stelle tritt, dasjenige conferiren, was der weggefallene Descendent zu conferiren gehabt hätte?
4) Kann sich der Beneficialerbe, insoweit als sein conferendum mehr als seine Erbportion betrüge, von der Collation durch das beneficium inventarii befreien?
5) In Ansehung der Collationsverbindlichkeit der Enkel bei Beerbung ihres Großvaters fragt sich, ob sie
   a) dasjenige, was sie von ihrem Großvater unmittelbar empfangen haben, und
   b) was ihr parens praedefunctus hätte conferiren müssen, auch dann, wenn sie dessen Erben nicht geworden sind,
   einzuwerfen schuldig seyen?

b) Wem ist zu conferiren? und was ist der Collation unterworfen?

6) Hier kommt besonders der Fall in Betracht, wenn der collationspflichtige Descendent nicht blos mit Descendenten, sondern nuch mit anderen Erben zusammentrifft, z. B. eine Enkelin erbt gemeinschaftlich mit ihrem Bruder und Oheim?
7) Man kann wohl mit neueren Rechtslehrern annehmen,*) die Freiheit von der Collation bilde die Regel und die Collationspflicht die Ausnahme; s. Pfizer a. a. O. §. 66., Schweppe

*) S. vorzüglich Francke Lehre d. R. R. v. d. Collation in dessen civil. Abh. S. 174., Roßhirt Einleitung in d. Erbr. S. 414., dessen testamentar. Erbr. Th. II. S. 204., Göschen Vorlesungen Bd. III. Abth. 2. S. 457., Hunger d. röm. Erbr. S. 508 ꝛc., Reinhardt Lehre von der Einwerfung nach röm. u. wirtemb. Recht; Arndts Pand. §. 529. Anm. 2.

röm. Privatr. Bd. V. §. 864. Unbestritten müssen conferirt werden:

I. dos und donatio ante oder propter nuptias, l. 17. C. 6. 20., einfache Schenkungen aber (daß von einer remuneratorischen in keinem Falle die Rede seyn könne, darüber sind fast Alle einverstanden, s. Beck de collat. bon. Cap. IV. §. 69., Emminghaus Sächs. Pand. S. 679. no. 23., Pfizer v. d. Collation §. 185. not. a., Reinhardt von der Einwerfung §. 229. u. die Lehrbücher von Thibaut, Wening-Ingenheim, Mühlenbruch, Seuffert, Mackeldey, Schweppe rc., entgegengesetzter Meinung jedoch Fein d. Recht der Collation S 224.), vorausgesetzt, daß sie nicht unmäßig sind, Leyser Sp. 411. Med. 6., nur dann, wenn ein anderer Miterbe eine dos oder donatio propter nuptias oder deutschrechtliches dotalitium und Wiederlage, s. Mittermaier D. Privatr. §. 393., zu conferiren hat,*) l. 20. §. 1. C. 6. 20., oder der Schenker die Collation gleich anfänglich verordnet hat. Vergl. Arndts im Rechtslex. III. S. 842. c. und Pand. §. 529. Noch weniger als bei Schenkungen läßt sich eine Collation alsdann begründen, wenn die Eltern dem Kinde etwas um einen niedrigen Preis verkauft haben, denn hierbei darf nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß an die künftige Beerbung gedacht worden sey. Gleichwohl kann Collation blos aus dem Gesichtspunkte einer anticipirten Gewährung des künftigen Erbtheils gerechtfertigt werden; s. Erk. d. O.-A.-G. in Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1852. S. 17.

II. die militia oder was zur Erlangung einer käuflichen und wieder verkäuflichen Bedienung, s. Voet Comm. Lib. 37. tit. 6. no. 20., sofern dergleichen h. z. T. noch bestehen, und analog auch, was zur Gründung eines ab-

---

*) Wenn derjenige, welcher eine Ausstattung zu conferiren hat, außerdem noch eine Schenkung erhalten hat, so ist er nicht schuldig, auch diese einzuwerfen, denn hier liegt die Absicht des Erblassers vor, ihn zu begünstigen. Die Collation will nicht beabsichtigte Begünstigungen des Vaters beseitigen, sondern nur Gleichheit unter den Kindern herstellen, soweit der Vater Gleichheit wollte: l. 20. §. 1. C. 6. 20., Erk. d. O.-A.-G. in Dresden in Seuffert's Archiv Bd. I. S. 390. u. d. O.-A.-G. in Wiesbaden in Flach Entsch. Thl. I. S. 157.

gesonderten Haushalts gegeben wurde, Hausch D. de subsidio parentum collationi obnoxio. Gött. 1772., nicht aber Studir- und Reisekosten, l. 50. D. 10. 2., und Seuffert's Archiv IX. No. 190., und bloße Alimente, Pfizer v. d. Collation §. 118., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 512., Leyser Sp. 411. Med. 2. (183.), auch nicht, was zur Auslösung aus feind. Gefangenschaft oder zum peculium militare gegeben wurde; l. 1. §. 15. D. 37. 6. — l. 21. C. 6. 20. In Ansehung der Promotionskosten sind die Meinungen verschieden. Manche setzen sie den Studirkosten und Alimenten gleich; s. Cocceji Jus controv. Lib. 37. tit. 6. qu. 3., Uhl de sumtibus filio a patre ad dignitatem doctoralem consequendam suppeditatis non conferendis. Andere unterwerfen sie der Collationspflicht, was wenigstens dann nicht zu bestreiten ist, wenn die Doctorwürde zur erwerbsweisen Ausübung einer Wissenschaft nothwendig ist; s. Dabelow röm. deutsch. Privatr. §. 1131 ꝛc., v. Buchholtz Versuche S. 75. [Das O.-A.-G. zu Cassel sagt: „dies (Freiheit von der Collationspflicht) gilt auch von dem Kostenaufwand, welchen die Erlernung der Handlung von Seiten eines Kindes erfordert. Kosten aber, die durch eine dabei geführte verschwenderische Lebensart veranlaßt sind, müssen bei Vertheilung der Erbschaft in Anschlag gebracht werden." Heuser's Annalen, Jahrgg. II. S. 253. und Seuffert's Archiv X. No. 67.]

III. was den Descendenten unter Lebenden in der Absicht gegeben wurde, es demnächst in den Pflichttheil anrechnen zu lassen; l. 25. pr. D. 5. 2. — l. 20. pr. C. 6. 20., vergl. Arndts im Rechtslex. Bd. III. S. 834.

Dabei fragt sich zu I., ob auch instructus muliebris oder die Einrichtung, mit welcher die Descendentin ausgestattet wurde, zu conferiren ist? ferner

8) ob die dos etc. auch dann zu conferiren ist, wenn sie von einem Andern um des Vaters willen gegeben worden ist?

9) Ob auch die zur Bestreitung des Haushalts und sonstiger Unterstützung verehelichter Kinder gegebenen elterlichen Beihilfen der Einwerfung unterliegen? auch Militär-Einstandsgelder?

10) Ob auch Vermächtnisse conferirt werden müssen? desgleichen donationes mortis causa?

11) Während es keinem Zweifel unterliegt, daß der Vater Gegenstände, welche an sich collationspflichtig nicht wären, derselben unterwerfen kann,*) wenn er zum Geben nicht rechtlich verbunden war, sondern Liberalität übte und diesen Willen sogleich mit dem Act des Gebens verbindet, oder wenn er ihn in einem förmlichen, mithin unanfechtbaren Testament erklärt, s. l. 20. in f. C. 6. 20. — l. 35. §. 2. C. 3. 28. und die Lehrb. von Thibaut §. 885. (Ed. 8.), Schweppe Bd. V. §. 865., Mackeldey §. 696. und ebenso, daß er die in den Gesetzen ja nur auf den Präsumtivwillen begründete Collation auch — so weit dadurch kein Pflichttheil verletzt wird — erlassen oder verbieten kann, und zwar nicht blos, wie in Francke's Grundzügen d. Lehre v. d. Collation in dessen civil. Abh. no. 4. statuirt wird, durch eine testamentarische Bestimmung, sondern durch jedwede deutliche und unzweideutige Willenserklärung, s. Arndts im Rechtslex. Bd. III. S. 833., Leyser Sp. 413. Med. 6., Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 37., Emminghaus Sächs. Pand. S. 682. no. 35., v. Keller Pand. §. 540., nimmt man insgemein auch an, daß ein Erlaß auch durch concludente Aeußerungen und Handlungen geschehen könne; l. 39. §. 1. D. 10. 2., Glück Thl. XI. S. 37., Pfizer über d. Collation §. 174., v. Hartitzsch Entscheid. no. 88., indem man die Nov. 18. c. 6., welche die Collation verordnet, nisi *expressim* designaverit ipse se velle non fieri collationem nur als Gegensatz des gänzlichen Stillschweigens des Erblassers auslegt,**) allein in der Anwendung dieses Princips, welche dann unbedenklich ist, wenn sich der Testator statt der Collation des Mittels der Compensation bedient hat, Gottschalk l. c. pag. 401., stößt man gleichwohl in manchen Fällen auf Schwierigkeiten. Man setze den Fall:

a) der Erblasser hat eine Zuwendung absichtlich verheimlicht;

---

*) Von Wirkung kann dies freilich nur dann seyn, wenn sich die Kinder der väterlichen Erbschaft unterziehen. Indeß kommt jedenfalls in Betracht, daß den übrigen Kindern und Miterben der Pflichttheil unverkürzt verbleiben müsse; Emminghaus Sächs. Pand. S. 681. no. 32.

**) Eine vollständige Literatur über diese Streitfrage s. Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 406.

b) er hat eine Obligation über ein von ihm ausgeliehenes Capital auf einen seiner Söhne schreiben lassen, und diesem auch die Obligation in Verwahrung gegeben; oder
c) er hat in seinem Testament seiner Tochter die Collation ihres Heirathsguts aufgegeben, bei dem Sohne aber mit Stillschweigen übergangen.

12) Ist eine Uebereinkunft giltig, durch welche künftige Miterben einem Collationspflichtigen schon bei Lebzeiten des Erblassers die Collationspflicht erlassen?

13) Nach welchem Zeitpunkt wird der Werth der Conferenda bestimmt und welche Deteriorationen kommen nicht in Betracht?

14) Wird der Collationspflichtige vom Einwerfen durch den Untergang des Objects befreit?

15) Von welcher Zeit an sind die Collationsposten zu verzinsen, insofern nicht durch Verträge oder specielle Dispositionen des Erblassers Bestimmungen in dieser Beziehung getroffen sind?

16) Wenn eine dotirte Descendentin, als Collationspflichtige von einem Miterben, welcher nur eine donatio simplex*) erhalten hat, gleichmäßige Einwerfung fordert, dieser aber entgegnet, daß sie auch noch eine donatio simplex erhalten habe, hat dann Jene die Negative oder Dieser die Affirmative zu beweisen?

17) X. hat drei Kinder, den A., welcher eine donatio pr. nupt., die B., welche eine dos und eine simplex donatio, endlich den C. welcher nur eine simplex donatio empfangen hat, wie ist es da mit der Collation zu halten?

18) Kann der einfach Beschenkte der Collation dadurch ausweichen, daß er auf seinen Antheil an der von anderen Miterben zu conferirenden dos oder donatio propter nuptias verzichtet?

19) Müssen Diejenigen, welchen von den Miterben etwas conferirt wird, dieses in die Falcidische Quart einrechnen?

Zu 1) Bejaht wird diese Frage von Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 863. not. 1. und v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 512. (180.), weil ungeachtet des ganz singulairen Erbrechts der

*) Gewöhnlich s. g. Gelegenheitsgeschenke, welche auch sonst von den eigentlichen donationes unterschieden werden; l. 194. u. 214. D. 50. 16. — l. 31. §. 8. D. 24. 1., und welche Sitte und Anstand zu machen erheischen, s. l. 12. §. 3. D. 26. 7., sind hierunter wohl nicht zu verstehen; Fein das Recht der Collation no. 218.

liberi naturales doch der Zweck der Collation — Gleichstellung der Erben — auch auf sie passe. Verneint wird sie aus offenbar stärkeren Gründen, was die väterliche Erbschaft betrifft (denn bei der mütterlichen kann es wohl keinen Anstand haben), von Pfizer über die Collation der Descendenten §. 76., Stryck de succ. ab intest. Diss. XI. cap. 2. §. 11., Roßhirt Einl. in d. Erbrecht S. 434., Fein Recht d. Collation S. 266., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 516. Anm. 2. sub 5., weil die Collationspflicht als ein singulare nicht über die gesetzlich bestimmten Subjecte hinaus auch auf die der legitima soboles oder den eigentlichen Descendenten gerade entgegengesetzten und durch sie ausgeschlossenen Subjecte eines sehr beschränkten Erbrechts ausgedehnt werden dürfe, und die Idee, auf welche die ganze neuere Collation basirt ist, bei den liberis naturalibus nicht eintrete.

Zu 2) Die erste Frage muß wohl ohne Zweifel bejaht werden, weil die Concursgläubiger nicht mehr Recht haben können, als der Schuldner, welchen sie repräsentiren.

Aus demselben Grund muß aber auch die zweite Frage nach Thibaut System §. 883. (Ed. 8.) bejaht werden, indem der Grund, welchen Voet Comm. ad. Pand. Lib. 37. tit. 6. §. 26. für die entgegensetzte Meinung geltend macht, daß extraneis nicht conferirt zu werden brauche, durch das Repräsentativverhältniß niedergeschlagen wird.

Zu 3) Das Recht und die Pflicht der Descendenten zur Collation geht zwar auf die über, welche das Erbrecht Jener geltend machen; dagegen Personen, die aus eigenem Recht an ihre Stelle treten, nur aus ihrer eigenen Person collationspflichtig und berechtigt sind; Puchta Pand. §. 512. Bei dem substituirten Erben ist dies wohl allgemein anerkannt, s. Pfizer über die Collation der Descendenten §. 100., in Ansehung des durch Anwachsungsrecht in die Portion eines Collationspflichtigen eintretenden verneint es zwar Pfizer a. a. O. §. 101., allein da die von ihm für seine Meinung angeführte l. un. §. 4. C. 6. 51. nur von Leistung der Vermächtnisse spricht, welche der substitutus oder conjunctus mit der Portion, in die er eintritt, auch übernehmen muß, mithin von einer testamentarischen, nicht von einer gesetzlichen Verbindlichkeit, so geht die Meinung der meisten Rechtslehrer dahin, daß der substitutus und conjunctus dasjenige, was der weggefallene Descendent hätte conferiren müssen, da er nicht in seine persönlichen Verbindlichkeiten eintritt, eben so wenig zu conferiren braucht, als er ein Recht hat, an der Collation der Andern Theil zu nehmen. Beides, sowohl Recht als Verbindlichkeit, kann nur auf die Erben des Weggefallenen übergehen; s. Fein

a. a. O. §. 63., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 863. a. E. u. not. 5., Heise in d. Heidelberger Jahrbüchern v. J. 1808. S. 114., Thibaut System §. 883. (Ed. 8.), Braun Erörter. zu Thibaut §. 732, Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 712. u. not. 10., v. Vangerow a. a. O. §. 516. Anm. 2. sub 6.

Zu 4) Einige verneinen; s. Pfizer v. d. Collation §. 88., Thibaut in Braun's Erörter. §. 732. Allein s. dagegen v. Vangerow a. a. O. §. 516. Anm. 4., Heise in d. Heidelberger Jahrb. v. J. 1808., Arndts im Rechtslex. Bd. III. S. 848. Unstreitig kann der Beneficialerbe auch nach der Erbschaftsantretung, wenn er es vortheilhafter findet, noch seinen Erbtheil aufgeben und die Collationsgegenstände ausschließlich für sich behalten. Vermöge des benef. invent. soll er aber auch sine *omni* damno discedere, und dies kann er allerdings, denn die Gläubiger können nicht mehr in Anspruch nehmen, als was sich in der Erbschaft vorfindet, und darin sind die conferenda nicht begriffen; vergl. l. 14. pr. D. 35. 2. quia dos in hereditate patris non inveniretur. Die Meinung der Gegner ist also wohl nicht den Gesetzen gemäß. Mit dem Vorstehenden scheint vielmehr auch Fein Recht d. Coll. §. 58. übereinstimmend.

Zu 5) Mehrere sind

zu a) der Meinung, daß die Enkel nur dasjenige zu conferiren brauchten, was sie vom Großvater zu der Zeit erhalten haben, als ihr Vater bereits gestorben war, und zwar unter mehreren Gründen vorzüglich deswegen, weil sie ja zum Großvater in keinem Erbrechtsverhältniß gestanden seyen, also auch nicht im Fall einer anticipatio hereditatis hätten seyn können; s. Pfizer a. a. O. §. 86 ꝛc., Sintenis pr. Civilr. Bd. III. §. 189. not. 20., Braun Erörter. zu Thibaut §. 732., Roßhirt Einl. S. 435. Dagegen wird aber eingewendet, daß l. 17. C. 6. 20. bei der Collationspflicht der Enkel durchaus nicht den nach der Meinung Jener sich von selbst verstehenden Unterschied macht, s. Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 401., Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. no. 3., v Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 512. (180.), Fein a. a. O. §. 62., Arndts im Rechtslex. Bd. III. S. 844., und insbesondere v. Vangerow II. §. 516. Anm. 2. sub I. b. verweist auf die lex Junia Velleja und die spätere Doctrin, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß ein mittelbarer Descendent auch bei Lebzeiten seines Vaters nicht eben als extraneus im Verhältniß zu seinem Großvater angesehen, vielmehr die nullo facto novo, sed ordine quodam naturali begründete Möglichkeit des Nachrückens schon zum Voraus berücksichtigt worden sey.

Ohne Zweifel ist diese Meinung auch der Billigkeit gemäßer, denn ist das Empfangene an sich nach den Gesetzen zur Collation qualificirt, warum sollten dann Enkel, wenn sie doch in ein unmittelbares Successionsverhältniß zum Großvater treten, ein anderes Recht haben?

Zu b) Vorherrschend war schon in früherer Zeit, wie Stryck Succ. ab intest. Diss. XI. cap. 2. no. 15. bemerkt, die Meinung der Rechtslehrer, daß der Enkel auch dann, wenn er seinen Vater nicht beerbt hat, conferiren müsse, was dieser, wenn er noch lebte, zu conferiren gehabt hätte, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. no. 3., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 401. et aut. ibi cit., Wernher Obs. for. T. II. P. VI. Obs. 499., Struben rechtl. Bedenken Bd. IV. S. 218., v. Buchholtz Versuche S. 68. Als Grundlage dieser Ansicht findet man bei ihnen häufig die ganz irrige Unterstellung, als ob die Enkel jure repraesentationis succedirten, welche schon Stryck l. c., ob er gleich die gemeine Meinung gegen sich zu haben bekannte, lebhaft bekämpft hat, wobei man, sowie auch bei Walch l. c., vorzüglich den Leipziger Schöppenstuhl als Vertreter der richtigeren Meinung, daß Enkel, da sie jure proprio succediren, auch nicht in die Collationsverbindlichkeit ihres Vaters eintreten, wenn sie nicht dessen Erben geworden sind, hervorgehoben findet; ex cujus persona non succedo, ex ejus etiam non confero. Indessen ungeachtet das gedachte Substrat jetzt als offenbar falsch anerkannt ist, haben sich doch auch viele der Neueren von der daraus gezogenen Schlußfolge nicht loszureißen vermocht, weil l. 19. C. 6. 20. den Enkeln die Einwerfung der ihren Eltern zugekommenen Collationsgegenstände auflegt, und die Nov. 118. c. 1. sagt, daß Enkeln das gebühre, was ihr Vater, wenn er noch lebte, bekommen haben würde; s. Pfizer von der Collation §. 98. und die Lehrbücher von Thibaut §. 683. nebst Braun Erörter. zu §. 732., Hofacker Princ. jur. civ. §. 1654 etc., Schweppe §. 863. not. 2., Seuffert §. 587., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 512. (180.), vergl. Preuß. allgem. Landr. Th. II. Tit. 2. §. 362. Es stehen aber auch bedeutende Autoritäten entgegen, welche die Enkel für etwas, was gar nicht auf sie gekommen ist, nicht für collationspflichtig erkennen, l. 2. §. 2. D. 37. 6. vir autem bonus non sit arbitraturus, conferendum id, quod nec habet, nec dolo nec culpa desiit habere; s. Francke Grundzüge der Lehre d. R. R. von der Collation in dessen civilist. Abh. S. 174., Fein a. a. O. §. 61., Roßhirt testament. Erbrecht Bd. II. S. 218., Göschen Vorlesungen Bd. III. Abth. II. S. 476., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 157. und die Lehrbücher von

Mühlenbruch §. 719. not. 14., Puchta Pand. §. 512. Anm. e., Valett §. 1079., v. Vangerow a. a. O. §. 516. Anm. 2. sub I.a. Wenn nämlich die Nov. 118. c. 1. von den Enkeln blos sagt: tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, quam successionem in stirpes vocavit antiquitas, so ist durch diese Anordnung der successio in stirpes doch gewiß nichts über die vorliegende Frage entschieden, und in Ansehung der l. 19. cit. wird aus der darin bezogenen Constitution des Arcadius und Honorius l. 5. C. Th. de legit. hered. (5. 1.) nachgewiesen, daß ihr eben die Voraussetzung unterliege, daß die Enkel ihren Vater beerbt haben.

Ohne diese Voraussetzung würde die Bestimmung der l. 19. ganz gegen den Geist des röm. Erbrechts häufig für die Enkel eine Nöthigung seyn, auf das großelterliche Erbe ganz zu verzichten, weil sie aus ihrem Vermögen, in welches nichts geflossen ist, das großelterliche Vermögen zu ergänzen selten im Stande wären. Lauterbach Diss. de dotis collat. §. 9. hält diese Meinung für ziemlich allgemein in Praxi angenommen. Dafür spricht auch ein Präjudiz d. K. Hannöver. O.-A.-G. in Emminghaus Corp. jur. Germ. Th. II. S. 91. no. 53.

Zu 6) Der Grundsatz ist: nur Descendenten sind, wenn sie anders erben wollen, collationspflichtig, sie mögen nun ab intestato oder aus einem Testament erben, wenn sie nur ohne dieses die nächsten Intestaterben gewesen wären, Arndts Pand. §. 528. und dieselben Personen, welche zur Collation verpflichtet sind, sind auch berechtigt, Collation zu verlangen, nur ihnen kommt die geschehene Collation zu Gute; l. 17. l. 20. pr. C. 6. 20., Nov. 18. c. 6. Dadurch ist also der fremde Testamentserbe vom Antheil an den Conferenden der Miterben ausgeschlossen, Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 863. not. 5., Thibaut im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 330., sonach auch die überlebende Ehegattin, s. Erk. d. O.-A.-G. in Oldenburg im Archiv d. im G.-H. Oldenburg geltenden Rechts Bd. I. S. 92. Es wäre dann nach Voet l. c. no. 6. die Auseinandersetzung also zu machen: ante omnem collationem id tantum, quod a defuncto vere relictum est, inter liberos et extraneos institutos secundum voluntatem testatoris pro rata parte dividendum est; tum deinde, dimissis jam extraneis, descendentes ita inter se conferunt et dividunt, quae conferenda sunt, ac si nullus extraneus eis ab initio adjunctus fuisset.

Das Natürlichste scheint zu seyn, sagt v. Vangerow a. a. O. §. 516. not. 2., daß die einzelnen Collationsberechtigten nach Maßgabe ihrer Erbportion participiren, und demgemäß dann so viel, als auf die eingesetzten extranei fallen würde, dem Conferenten selbst zu Gute kommt. Derselbe vertheidigt auch den alten Grundsatz gegen die sehr allgemeine Meinung, daß jene Beschränkung der Collationsverbindlichkeit im neuen Recht für aufgehoben anzusehen sey; s. die a. a. O. angeführten Schriftsteller.

Zu 7) Zwar unterwirft die l. 17. C. 6. 20. wörtlich nur die dos und donatio propter nuptias der Collation, weshalb Manche die Aussteuer ebenso, wie die Brautgeschenke ausnehmen, und als einfache Schenkung behandelt wissen wollen; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. V. §. 512. (183.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 864. not. 8. Vergl. auch Brinz Pand. S. 727. Da aber der Zweck der Aussteuer derselbe ist und die Nov. 18. c. 6. mit den Worten: res per dotem forte vel alio modo datas den Begriff nicht so sehr zu beengen gestattet, es auch keinen Unterschied macht, ob in Geld oder Geldeswerth dotirt wird, so sind auch mehrere Autoritäten für diese Ausdehnung mit Beziehung auf l. 17. in f. C. 6. 20. und in Folge des Grundsatzes, daß dasjenige, was dotis causa gegeben wird, keine donatio simplex ist; s. Francke civilist. Abh. S. 402. Ex plerorumque quidem opinione conferendum etiam est, quidquid a parentibus beneficii in liberos collatum est eo quidem consilio, ut vitae privatae recte instituendae rerumque domesticarum bene gerendarum facultas eis esset; Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 713., Mackeldey Lehrb. Bd. II. §. 696., Stryck Diss. de collat. descendent. Cap. IV. §. 11., Pfizer a. a. O. §. 105.

Zu 8) Es wird behauptet, auch die von einem Dritten statt des Vaters und Erblassers und um dessentwillen gegebene dos müsse conferirt werden, weil sie alsdann eine mittelbare Schenkung an diesen Ascendenten gewesen sey, l. 5. §. 2. D. 23. 3. — l. 6. D. 37. 6., Schweppe §. 864., v. Wening-Ingenheim §. 512. (183.); dies setzt aber nach l. 5. cit. eine völlige Entschiedenheit darüber voraus, daß etwas blos in Rücksicht der Eltern gegeben sey, denn außerdem läßt sich diese Behauptung mit dem Princip des neueren Rechts, wonach die Collationspflicht der Descendenten in der Hauptsache dadurch begründet wird, daß sie etwas erworben haben, was durch diesen Erwerb dem Vermögen des Erblassers und also der Erbschaft entzogen worden ist, s. Puchta Pand. §. 513., nicht vereinigen.

Es konnte nämlich durch diese Dotation dem Vermögen des Vaters nichts entzogen werden, weil nichts in dasselbe geflossen ist; es ist aber nichts in dasselbe geflossen, wenn es vermöge des der Gabe beigefügten modus schon ursprünglich ihm nicht verbleiben sollte; Lauterbach de dotis collat. in Diss. acad. T. II. no. 77. §. 45. Im Zweifel ist immer anzunehmen, daß die Kinder und nicht die Eltern die Veranlassung einer von einem Dritten gegen die Ersteren ausgeübten Freigebigkeit seyen; Pfizer über die Collation der Descendenten §. 64.

Zu 9) Solche väterliche Beihilfen, welche dem Kind etwa von Zeit zu Zeit in den Haushalt und zu sonstiger Unterstützung gegeben worden sind [subsidium paternum], muß man in der Regel als Zuschuß zum Unterhalt des Kindes ansehen, und dann sind sie als Alimente von der Collation befreit, s. Pfizer a. a. O. §. 169., und auch als Schenkung betrachtet wären sie als einfache Schenkungen zu behandeln; sind sie aber nur als Vorlehen oder unverzinslicher Vorschuß gegeben, so fallen sie nicht in die Kategorie der Schenkungen, sondern der Schulden; Schweppe a. a. O. [Dazu Arndts Pand. §. 529. Anm. 2. u. Seuffert's Arch. VI. No. 206. VII. No. 276.] Hingegen ist eine dem Sohn zur Anrichtung eines eigenen Haushalts gegebene Summe allerdings der Collation unterworfen; Lynck Diss. de subsidio paterno cap. 4., v. Buchholtz Versuche S. 74., Puchta Pand. §. 513. not. b. Besonders entscheidend dafür ist der Sachsenspiegel Bch. I. Art. 13., s. auch Emminghaus Sächs. Pand. S. 675. [Brinz Pand. S. 725. sagt: So wenig man zweifeln kann, daß anstatt der römischen don. propt. nupt. die deutsche Widerlage zur Collation komme (s. Arndts Pand. §. 528.), so sehr muß man der Praxis beipflichten, wenn „sie alles, was den Kindern zur Einrichtung einer gesonderten Wirthschaft, also namentlich bei Eingehung einer Ehe, zu deren Ausstattung von Abscendenten gegeben worden" (Arndts im Rechtslex. III. S. 839.) conferiren läßt. Dafür spricht nicht blos der Umstand, daß derlei Gaben so gut wie die dos eine Versorgung des Kindes enthalten, sondern auch der andere, daß in ihrer Collation ein Surrogat für die unpraktische Collation der militia liegt.]

Militair-Einstandsgelder sind der Collation nur dann unterworfen, wenn sie der Erblasser ausdrücklich befohlen hat, oder wenn andere Descendenten eine dos oder donatio propter nuptias einzuwerfen haben. Es gilt nämlich hier, was oben von der donatio simplex gesagt ist, indem bei Zuwendungen der Eltern an ihre Kinder

animus donandi präsumirt wird; l. 1. C. 2. 19., Erk. d. O.-A.-G. in Jena im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle. 1849. no. 5. S. 49., Pfizer a. a. O. §. 171. Doch gilt eine Ausnahme, wenn das Einstandscapital sich so hoch beläuft, daß der Pflichttheil der übrigen Kinder dadurch verletzt wird.

Zu 10) Hie und da findet man den Satz aufgestellt: weil nach l. 20. pr. D. 6. 20. Alles, was in den Pflichttheil eingerechnet werden muß, auch der Collation unterworfen ist, so müssen auch Vermächtnisse conferirt werden; s. Schweppe a. a. O., v. Wening-Ingenheim a. a. O., Valett a. a. O. §. 1080. not. 98. Wenn man aber bedenkt, daß durch den ausdrücklich oder durch concludente Handlungen des Erblassers an den Tag gelegten Willen auch etwas, was sonst der Collation unterläge, derselben enthoben werden kann, und mit der Gebung eines Vermächtnisses die Meinung, daß es der Legatar wieder einwerfen soll, unmöglich vereinbart werden kann, so wird man diesen Satz, anstatt der Bemühung, das Widersprechende, was in ihm liegt, durch Verclausulirung abzuschleifen, wie v. Wening-Ingenheim verb. „ausgenommen, es geht aus der Erklärung oder der Beschaffenheit des Gegenstandes oder anderen Verhältnissen die Absicht des Testirers hervor, mit dem Vermächtniß das Kind ausschließend zu begünstigen," vielmehr ganz verwerfen, s. v. Vangerow a. a. O. §. 516. not. 3., wie denn auch die gemeine Meinung thut, indem nach ihr Justinian's Aeußerung in l. 20. pr. C. 6. 20. nur auf Zuwendungen unter Lebenden bezogen werden darf; cf. l. 10. l. 16. C. 6. 20. — Auch in Ansehung der m. c. donatio geht gegen die abweichende Meinung von Fein a. a. O. S. 226. u. v. d. Pfordten in den Leipziger krit. Jahrb. 1844. S. 885. die herrschende Ansicht dahin, daß dieselbe unter keinen Umständen conferirt zu werden brauche. Natur und Wesen derselben ist einer Collationsverbindlichkeit ebenso entgegen, wie bei Legaten, welchen sie auch in l. ult. C. 8. 57. gleichgestellt ist; vergl. Pfizer v. d. Collation §. 181., Mackeldey Institutionen §. 696. not. e. u. die Lehrbücher von Hellfeld, Hofacker, Malblanc und Günther; Stryck Succ. ab int. Diss. II. c. 4. §. 13., Heineccii Elem. Lib. 37. tit. 6. §. 18. no. 4., Petersen de collatione. §. 47.

Zu 11) Dabelow im civil. Archiv Bd. II. S. 67. erzählt

zu a) einen Fall, welcher in dreierlei Erkenntnissen jedesmal anders entschieden wurde. Er selbst unterscheidet zwischen einfacher und qualificirter Verheimlichung, und versteht unter letzterer eine

solche, wobei der Geber speciell angeordnet hat, daß die anderen Kinder zu keiner Zeit etwas von der Schenkung erfahren sollten, oder wo er die Schenkung selbst unter ein Scheingeschäft versteckt hat, z. B. er verkaufte seiner Tochter ein Gut, und quittirte sie über den Kaufschilling, obgleich sie nichts bezahlt hatte. In diesen qualificirten Fällen nimmt er den väterlichen Willen als unzweifelhaft für die Ausschließung der Collation an. Es ist dabei natürlich vorausgesetzt, daß dergleichen Schenkungen mit Collationsposten der andern Kinder zusammentreffen, denn sonst würden ja donationes simplices selbst nach den Gesetzen der Collation nicht unterworfen seyn, und es bedürfte dann nicht erst des bestimmten Willens des Gebers.

Zu b) Man würde diesen Fall nur dann auf gleiche Weise entscheiden können, wenn daraus, daß der Vater einem seiner Söhne eine Obligation oder ein Grundstück zuschreiben läßt, mit Gewißheit auf eine Schenkung zu schließen wäre. Dies kann aber nicht angenommen werden, weil sich gar mancherlei Beweggründe dazu denken lassen, und ein Erlaß der Collation daraus nicht abzunehmen ist; Leyser Sp. 413. Med. 5., Püttmann Advers. jur. univ. pag. 79. Der Sohn muß also erst den Beweis der Schenkung herstellen; l. 8. C. 4. 10., Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. II., S. 404.

Zu c) Durch eine bestimmte Willenserklärung, was ein jedes Kind nach seinem Tod haben solle, hat der Vater allerdings eine Collation ausgeschlossen; es muß daher, wenn keine Verletzung im Pflichttheil unterläuft, bei der divisio parentis inter liberos verbleiben; s. Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 409., Leyser Sp. 413. Med. 7., Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. §. 27. etc.

Wenn der Vater in seinem Testament bestimmt hat, was ein jedes der Kinder einwerfen solle, so muß es allerdings dabei bleiben, wenn auch eines der Kinder noch mehreres, was nach den Gesetzen der Collation unterworfen wäre, bekommen hätte, s. Gottschalk l. c. T. I. pag. 411., Höpfner Instit. §. 710. not. 5., Struben rechtl. Bedenken Th. II. S. 360., Leyser Sp. 413. Med. 6. u. 7.; wenn er jedoch bei einem Kind das Conferendum bestimmt, bei den Uebrigen aber, welche doch auch in einem gesetzlichen Collationsfall sich befinden, nichts davon gesagt hat, so muß nach der Nov. 18. c. 6. ein Vergessen als muthmaßlich angenommen, und die Vorschrift festgehalten werden, daß bloßes Schweigen die gesetzliche Collationspflicht nicht ausschließe; Püttmann l. c. pag. 86., Leyser Med. Sp. 413. Med. 4.

Zu 12) Man könnte die Gültigkeit einer solchen Convention aus dem Grund bezweifeln, weil ein pactum de hereditate viventis nach R. R. unzulässig ist, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. no. 28.; indessen bemerkt Schweppe a. a. O. §. 865. wohl ganz richtig, daß das Object nicht im Vermögen des künftigen Erblassers, sondern des Miterben selbst ist, und soweit nach deutschem Recht Erbverträge gelten, könnte ja auch gegen einen solchen nichts eingewendet werden.

Zu 13) In l. 20. pr. C. 6. 20. ist die Zeit des Todes des Erblassers angenommen, und insgemein wird dies als Regel betrachtet;*) s. die Lehrbücher von Hofacker §. 1664., Seuffert §. 589., Thibaut §. 886. (Ed. 8.), Schweppe §. 865., v. Wening=Jugenheim §. 512. (185.), Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. §. 9., Mühlenbruch §. 721., Göschen Vorlesungen Bd. III. §. 970. not. 3., v. Hartitzsch Erbrecht §. 231. no. 1., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. no. 464. u. A. Daraus folgt

a) daß bei zufälliger Werthverminderung nur der zur Zeit des Todes noch vorhandene Werth conferirt zu werden braucht;
b) daß schuldhafte Deterioration nur, wenn sie nach dem Erbschaftsanfall stattgehabt hat, vom Collationspflichtigen zu prästiren ist, dagegen er für die Periode rückwärts nur dolus zu prästiren hat, da er voller Eigenthümer ist;
c) daß er auch die seit der Todeszeit gezogenen Früchte conferiren muß;**)
d) daß ihm, insofern die Sachen durch nützliche Verwendungen besser geworden sind, diese soweit vergütet werden müssen, als zur Zeit der Collation der dadurch bewirkte größere Werth

*) Fein a. a. O. §. 53., ob er gleich die obige Ansicht als die herrschende anerkennt, will mit Andern, z. B. Pfizer v. d. Collation §. 202—208., Reinhard Lehre v. d. Einwerfung §. 279., den Zeitpunkt der Erbschaftstheilung angenommen wissen, weil sonst die Collationsberechtigten im Nachtheil wären, denn sinken in der Zwischenzeit die Collationsgegenstände im Werth, so kann sich der Pflichtige durch Naturaleinwerfung helfen; steigen sie aber, so gewinnt er auf Kosten der Collationsberechtigten. Damit stimmen überein Sintenis pr. Civilr. Bd. III. §. 189. III., Arndts im Rechtslex. Bd. III. S. 846.

**) S. Pfizer a. a. O. §. 272., Reinhard a. a. O. §. 408., v. Hartitzsch Erbr. §. 231. not. c., v. Wening-Jugenheim Lehrb. Bd. V. §. 184. not. 5., Schweppe Bd. V. §. 865. not. 3. Dagegen modificirt Fein a. a. O. §. 54. also: der Collationspflichtige hat alle mit der Substanz des Collationsobjects selbst im Momente der Erbschaftsantretung noch verbundene oder später hinzukommende Accessionen, sowie alle nach der Erbschaftsantretung von ihm percipirte Zinsen und Früchte zu prästiren.

noch vorhanden ist; s. Schweppe a. a. O., vergl. Pfizer a. a. O. §. 254—257. Es ist zwar auch streitig, ob die Sache selbst eingeworfen werden muß, oder nur deren Werth, und das Erstere wird umständlich ausgeführt von Pfizer a. a. O. §. 193., welcher auch mehrere andere Schriftsteller, z. B. Lauterbach, Beck, Hofacker, Brunnemann, für seine Meinung anführt; doch scheint in Praxi die Meinung, daß der Collationspflichtige auch durch Collation des Werths seiner Obliegenheit Genüge leisten könne, zu überwiegen; s. l. 1. §. 12. D. 37. 6. — l. 5. C. 6. 20. — Nov. 97. c. 6., Mevius P. I. Dec. 86., Voet l. c. §. 9., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. no. 463., Sintenis pr. Civilr. Bd. III. §. 189. not. 34., Fein a. a. O. S. 96. 298., Arndts im Rechtslex. III. S. 845. Die rechtlichen Wirkungen der Collationsverbindlichkeit müssen aber in beiden Fällen sich gleich bleiben; s. Pfizer a. a. O.

Zu 14) Nur insofern er besitzt, oder dolo possidere desiit, ist er einzuwerfen schuldig, hat er aber den Gegenstand verkauft, so ändert dies an seiner Collationsverbindlichkeit nichts, weil er dann durch die Kaufsumme bereichert ist, s. Schweppe a. a. O. §. 865. not. 5.; zufälliger Untergang der Sache hingegen befreit ihn von der Collation; l 2. §. 2. D. 37. 6. — Nov. 97. c. 6. Hat die Tochter ihr zu conferirendes Heirathsgut durch Ueberschuldung ihres Ehemanns verloren, so kommt es darauf an, ob ihr die unterlassene Zurückziehung zu imputiren sey; Auth. quod locum l. 6. C. 6. 20.

Zu 15) Hierüber bestehen sechserlei Meinungen: Einige behaupten, der Collationspflichtige habe vom Todestag an zu verzinsen, oder a momento hereditatis delatae, s. v. Buchholtz Vers. a. a. O., Walch Introd. in Controv. jur. civ. pag. 403., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. th. 51., Cocceji jus controv. Lib. 37. tit. 6. qu. 6., Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. §. 24., Curtius Handb. d. Sächs. Civilr. Th. II. §. 94., Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. II. §. 1241. not., weil mit diesem die Collationsverbindlichkeit eintrete, l. 5. §. 1. D. 37. 6.; Andere machen den Zeitpunkt der Erbantretung, s. Müller ad Leyser T. IV. fasc. II. pag. 9., Zoller D. ex quo tempore usurae conferendorum sint pendendae §. XI., wieder Andere den Tag der wirklich geschehenen Erbtheilung, noch Andere den vom Richter zur Collation gesetzten Termin, Mascov. Opusc. no. VIII. pag. 270., zum tempus a quo, und wieder Andere statuiren Verzugszinsen erst von der

Zeit an, da die Collation gefordert wurde;*) Lauterbach Diss. de collat. bonor. in opusc. T. I. no. 77. — Huber Praelect. ad Dig. Lib. 37. tit. 6. §. 6., Beck de collat. bonor. c. III., §. 21., Thibaut System §. 886. (Ed. 8.), v. Langenn u. Kori Erörter. Th. II. S. 193., Braun Dictaten zu Thibaut §. 735., Guyet im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 161., Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 56., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 865. u. not. 3., Arndts Pand. §. 530. Anm. 2. Das Königl. Sächs. [ehemal.] Appellationsgericht hat den Grundsatz angenommen, daß ebenso wie die Legate auch die Collationsposten vom 30sten Tag an zu verzinsen seyen; s. v. Langenn u. Kori a. a. O. S. 212., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 90. Eine sechste Meinung geht dahin, daß ein allgemeiner Normal-Zeitpunkt sich gar nicht bestimmen lasse, sondern die Frage über mora und folgbar über Verzugszinsen immer nur nach Beschaffenheit des einzelnen Falles zu beurtheilen sey; s. Pfeiffer praktische Ausführungen Bd. IV. S. 88. Dieser Meinung, welcher auch die Anhänger der 5ten Meinung nicht fern stehen, und welche Fein a. a. O. §. 56. durch eine große Menge von Citaten als die herrschende nachweist, daß nämlich die mora erst nach der Erbschaftsantretung des Collationspflichtigen durch Interpellation entstehe, dürften wohl auch diejenigen beizuzählen seyn, welche sich in Ansehung der Zinsschuldigkeit des Conferenten ganz allgemein ausdrücken, wie Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 744., v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 512. (184.): ex quo moram admisit heres in restituendo.

Die Hauptverschiedenheit dieser Meinungen liegt darin, daß die Anhänger der ersten und zweiten eine mora ex re statuiren, wogegen die übrigen vier am Ende in einem gemeinsamen Punkt zusammentreffen, daß mora und folglich eine Schuldigkeit zu Verzugszinsen nur durch Interpellation bewirkt werden könne.

Daß der Todestag nicht als terminus a quo angenommen werden könne, leuchtet von selbst ein, weil man da noch gar nicht wissen kann, wer Erbe oder Miterbe wirklich wird, und weil man selbst doch vorerst auf eine Ueberlegungsfrist Anspruch machen kann, und durch kein Gesetz auf einen bestimmten Zeitpunkt zur Erbschaftsantretung beschränkt ist, daher auch l. 3. pr. D. 37. 6. die Collation

*) Nicht ohne Einfluß blieb auch die bekannte Controverse über die Regel: dies interpellat pro homine; s. Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. I. S. 2. u. 9., Thibaut civil. Archiv Bd. VI. no. 2., Bd. XVI. no. 5. und Bd. VII. no. 3.

nicht von vorn herein fordert. Aber auch zur Zeit der Erbschaftsantretung kann nur höchstens die Collationsverbindlichkeit in abstracto und qualitativ feststehen, aber durchaus noch nicht in concreto und quantitativ; die Verbindlichkeit ist zwar vorhanden, aber die wirksame Geltendmachung setzt noch gar Manches voraus und ist von den speciellen Verhältnissen des Erbfalles abhängig, so daß der an sich in hypothesi Collationspflichtige oftmals in thesi nicht wissen kann, ob, was, und wem er conferiren soll. Schon hienach leuchtet es ein, und wird auch durch die Gesetze unterstützt, daß kein absoluter Zeitpunkt für die Collation und folgbar für den Verzug angenommen werden könne, s. besonders l. 5. §. 1. D. 37. 7. u. l. 5. §. 1. D. 37. 6: stipulatio autem collationis tunc committitur, quum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit, non fecit, maxime, quum boni viri arbitratu collationem fieri edicto Praetoris insertum est, s. vorzüglich Guyet a. a. O., Pfeiffer a. a. O.; doch muß man mit Letzteren wohl den Fall unterscheiden, wenn der Erblasser selbst dem einen und andern Erben bestimmte Herauszahlungen an Miterben in bestimmtem Zeitpunkte aufgegeben hat. Z. B. A. hat bei seiner Verehelichung das väterliche Haus im Anschlag zu 1000 fl. erhalten, mit der Bestimmung, daß er hieran seinen Theil haben, und an seine einzige Schwester 200 fl. bei Antretung eines eigenen Ansitzes und 300 fl. nach der Eltern Tode herausgeben solle.

In diesem Fall schlägt keine Collation an, sondern A. hat seiner Schwester lediglich die 500 fl. von den festgesetzten Zahlungszeiten an zu verzinsen.

Zu 16) Die Beweislast trifft wohl am natürlichsten denjenigen, welcher die Einrede erhebt. Die dotirte Descendentin legt nämlich dem Richter die Unbilligkeit des Sachverhältnisses als Begründung ihres Anspruches äußerlich dar, sobald sie nachweist, daß neben ihr ein anderer Descendent eine simplex donatio erhalten hat. Dann ist es Sache des einfach Beschenkten, die Aufhebung dieser Unbilligkeit durch Zuwendung einer sonstigen simplex donatio an die dotirte Descendentin zu behaupten und resp. zu beweisen; s. Fein d. Recht der Collation S. 216. not. 57.

Zu 17) Daß A. u. B. ihre dos und donatio propter nuptias conferiren müssen, leidet von selbst keinen Zweifel. C. müßte seine einfache Schenkung dem A. allein conferiren, denn der B. brauchte er sie nicht einzuwerfen, wenn er mit ihr allein concurrirte, und die fernere Concurrenz des A. kann hieran nichts ändern; s. Fein a. a. O. §. 43. und den im §. 48. entwickelten Theilungsmaßstab.

Zu 18) Diese Frage dürfte mit Fein a. a. O. S. 225., Lauterbach Diss. de collat. dotis u. Andern zu bejahen seyn, da die donatio simplex an und für sich der Collation nicht unterworfen ist, sondern nur insofern eine dos etc. conferirt wird, dieser Fall aber nicht eintritt, wenn der einfach Beschenkte die Collation jener erläßt.

Zu 19) Darüber, daß der Collationspflichtige sich das Conferendum nicht in die Quarta Falcidia einzurechnen braucht, ist wohl kein Zweifel, das Gegentheil scheint aber bei demjenigen stattfindend, welchem etwas conferirt wird, da er dies doch als Zuwachs der Erbschaft erhält; man muß aber doch die Frage verneinen, denn er erhält es nicht eigentlich jure hereditario, nicht de bonis defuncti, sed propter bona defuncti; l. 1. §. 14. D. 35. 2. cf. l. 1. §. 14. D. 37. 6., Arndts im Rechtslex. Bd. III. S. 834.

Kapitel IX.

Von Veräußerung und Verlust einer erworbenen*) Erbschaft.

§. 187.

1) Bekanntlich hebt nach R. R. die Veräußerung einer bereits erworbenen Erbschaft die Eigenschaft des Erben am Verkäufer nicht auf und macht nicht den Käufer zum Erben;**) l. 2. l. 6 C. 4. 39. — l. 2. C. 6. 37. — l. 2. §. ult. D. 18. 4. Arndts Pand. §. 540., von Keller Pand. §. 542. Nur unter den beiden Contrahenten entsteht ein eigenes Rechtsverhältniß, aber Dritten gegenüber behält der Erbe, des Erbschaftsverkaufs ungeachtet, alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Erben.***) Insofern demnach die Erb-

*) [Ueber die Unveräußerlichkeit einer erst deferirten Erbschaft s. Köppen in v. Gerber's u. Ihering's Jahrbuch V. S. 175—181.]

**) Ausgenommen, wenn der fiscus eine Erbschaft verkauft. Zwar ist dies ungeachtet der Bestimmung in l. 1. C. 4. 39. in neuerer Zeit bestritten worden; s. Kämmerer in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 346., s. aber dagegen Arndts ebend. Bd. XIX. S. 1. u. im Rechtslex. Bd. IV. S. 26.

***) Ueber die hiemit verwandte Frage: ob der Verkäufer oder der Käufer durch das Accrescenzrecht erwerbe? s. oben Kap. V. §. 130. Fr. 3.

schaftsgläubiger sich des geschehenen Verkaufs ungeachtet an den verkaufenden Erben zu halten haben, s. Ulp. Fragm. tit. 19. §. 14., und dieser nur dann liberirt wird, wenn der verklagte Käufer die Klage freiwillig auf sich nimmt, l. 2. C. 4. 39., wozu er, wenn er auch dem Verkäufer die Uebernahme und Berichtigung der Erbschaftsschulden versprochen hatte, dennoch vom Richter nicht angehalten werden kann, l. 50. D. 5. 3. — l. 88. D. 28. 5. — l. 2. C. 4. 39. — l. 2. C. 2. 3., Glück P.-C. Bd. XVI. S. 374.: so fragt sich gleichwohl, ob nicht nach deutschen Rechten, welchen die aditio hereditatis mit ihren stricten Folgen fremd geblieben ist, s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 466. (414.), und welchem es auch nicht zuwider ist, daß aus einem für das Interesse eines Dritten geschlossenen Vertrag auch dieser Dritte klagen könne, ein anderes zu statuiren sey?

2) Gilt der Verkauf einer noch nicht deferirten Erbschaft, z. B. während der zu Beerbende noch lebt, oder aber nach bereits eingetretenem Beerbungsfall, wenn der Erbe nur bedingt eingesetzt ist, und die Bedingung noch nicht existirt, oder wenn er nur substitutionsweise zur Erbschaft berufen und der Substitutionsfall noch nicht eingetreten ist?

3) Da der Bestand der Erbschaft im Zeitpunkt des Anfalls, des Antritts und des Verkaufs verschieden seyn kann, so fragt sich, nach welchem Zeitpunkt der objective Inhalt des Kaufs zu betrachten sey?

4) Wird h. z. T. ein Erbe der Erbschaft verlustig, wenn er sich weigert, des Entleibten Tod zu rächen?

5) Wenn der Verkäufer einer Erbschaft nach geschlossenem Verkauf eine dazu gehörige Sache an einen Andern verkauft, so versteht sich wohl von selbst, daß er dem Erbschaftskäufer, welcher ja gegen den Dritten keine Realklage hat, entweder die Sache verschaffen oder deren Werth vergüten muß. Wie aber, wenn die Sache bei dem Käufer durch einen Zufall zu Grunde gegangen ist, welcher dieselbe auch bei dem Verkäufer selbst betroffen haben würde? kann hier der Verkäufer nicht dem Käufer die Einrede entgegensetzen, daß er auch ohne den geschehenen Verkauf den Verlust hätte erleiden müssen?

6) **Wenn der Erbe, dem der Erblasser schuldig war, die erworbene Erbschaft verkauft, ist dann der Käufer Jenem seine eigentlich durch Confusion erloschene Forderung noch zu bezahlen verbunden?**

Zu 1) Gottschalk Disc. for. T. II. pag. 37. und ebenso v. Hartitzsch Entscheidungen ꝛc. no. 167. behaupten dies nach Sächsischem Recht unter Anführung einiger Präjudicien, und Hellfeld Jurispr. for. §. 1015. räumt sogar den Gläubigern stets actionem utilem gegen den Erbschaftskäufer ein; allein dem ist l. 2. C. 4. 39. bestimmt entgegen, und in den allgemeinen Grundsätzen läßt sich kein Grund dafür finden. Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 4. no. 16. hat zwar eine so unhaltbare Meinung nicht, meint aber doch, daß wenigstens in Praxi den Erbschaftsgläubigern nicht durchaus das Klagrecht gegen den Erbschaftskäufer versagt werde. Immerhin muß man jedoch diese Praxis als bedenklich ansehen, während man nicht in Abrede stellen kann, daß die römische Ansicht über die Nothwendigkeit der Erbschaftsantretung und mit ihr auch der Grundsatz: semel heres semper heres gemeinrechtlich in Deutschland geworden ist, s. Mittermaier Deutsch. Privatr. §. 466. (414.), und daß ebensowenig der Grundsatz: pacta tertio nec prodesse nec nocere debere in seinem ganzen Umfang als aufgehoben betrachtet werden kann, wenn auch gleich für die Rechtserwerbung durch Andere nicht durchaus die römischen Ansichten fortbestehen; s. Glück Thl. IV. §. 343. [Diese Frage ist in einem besonderen Zusammenhange erwogen worden von Delbrück Die Uebernahme fremder Schulden (1853.), welcher (auf S. 81.) die Praxis dafür behauptet, daß die Erbschaftsgläubiger ohne Weiteres ein Klagrecht gegen den Erbschaftskäufer haben. Er beruft sich dafür u. A. auf die bei Christinaeus Pract. quaest. Vol. 6. dec. 67. angeff. Erkenntnisse, auf Grönewegen de leg. abrog. et inusit. ad Cod. lib. IV. tit. 39. l. 2., Gottschalk Disc. for. II. c. 5., Hofacker Princip. jur. III. §. 1942., Koch R. d. Forder. III. S. 675., das A. Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 11. §. 463. u. d. österr. Bürg. G.-B. §. 1282. — Vergl. auch Kuntze D. Oblig. u. Singularsucc. S. 327 ff.]

Zu 2) H. z. T. gilt bekanntlich der Vertrag über die Erbschaft einer bestimmten Person, auch ohne deren Einwilligung, unter den Paciscenten, s. Glück Thl. XVI. S. 314. und die in not. 56. angeführten Autoren; aber auch in den anderen bezeichneten Fällen gilt er als Hoffnungskauf, s. l. 10. l. 11. l. 13. D. 18. 4.

Zu 3) Zunächst wird dabei immer die Absicht der Contrahenten zu untersuchen, im Zweifel aber der Zustand von Zeit der Delation bis zur Zeit des Verkaufs der Erbschaft (a die mortis in id usque tempus quo venditio fit) anzunehmen seyn, l. 2. §. 1. D. 18. 4., Glück a. a. O. S. 323., daher der Verkäufer auch das, was er vor dem Verkauf dolo vel culpa lata von der Erbschaft hat abkommen lassen, oder verschenkt hat, vergüten muß; l. 2. §. 3—5. D. 18. 4. Was er nach dem Verkauf zur Verringerung der Erbschaft gethan hat, dafür hat er auch das geringste Versehen zu prästiren; s. Glück a. a. O., Thibaut System §. 887. (Ed. 8.) Immer aber haftet der Verkäufer nur de facto suo und ist auch nur zur Evictionsleistung des Ganzen oder des verkauften idealen Theils verbunden, nicht aber einzelner Erbschaftsstücke. Non rerum singularum sub hereditate contentarum, sed rei incorporalis, universi scilicet juris hereditarii sive lucrosi sive damnosi. venditio facta creditur; Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 4. no. 4.

Zu 4) Die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung wird von Manchen behauptet, s. Lyncker de bonis ereptitiis §. 22., von Andern verneint, weil nach Art. 214. C. C. C. Niemand zur Anklage eines Verbrechers gezwungen werden kann, s. Boehmer Meditt. in C. C. C. pag. 937. Da man aber verborgene Verbrechen der Obrigkeit wenigstens anzuzeigen schuldig ist, so dürfte wohl die Unterlassung der Anzeige eines begangenen Mordes als Indignitätsgrund angesehen werden, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 172., J. H. Boehmer D. de expensis criminalibus Cap. 2. §. 3., wo auch ausgeführt ist, daß die Erben des Entleibten nicht schuldig sind, die Kosten der Untersuchung zu übernehmen.

Zu 5) Dieser Einwand findet nicht statt, denn Alles, was der Verkäufer einer Erbschaft als einer universitas vornimmt, ist als negotiorum gestio für den Käufer anzusehen, weshalb ihm auch das Product oder im unterstellten Fall der erlangte Kaufpreis nicht entzogen werden kann; l. 21. D. 18. 4., Glück a. a. O. S. 332.

Zu 6) Nach l. 2. §. 18. D. 18. 4. lebt die durch Confusion erloschene Forderung des Erben an den Erblasser in Folge des Erbschaftsverkaufs wieder auf, und der Käufer muß sie wie jede andere Erbschaftsschuld bezahlen. Dasselbe gilt von Servituten, welche dem Erben auf Grundstücken des Erblassers zustanden; l. 2. §. 19. D. 18. 4. — l. 9. D. 8. 4., Glück a. a. O. S. 367. So muß der

Erbschaftskäufer auch ein Legat, selbst wenn der Verkäufer der Erbschaft selbst Erbe des Legatars wurde, diesem eben so gut entrichten, wie er es dem Legatar selbst hätte entrichten müssen; l. 24. D. 18. 4.

Kapitel X.

Von Vermächtnissen und Singularfideicommissen.

Inst. II. 20. de legatis. Dig. XXX—XXXII. de legatis et fideicommissis. Cod. VI. 37. de legatis. Cod. VI. 42. de fideicommissis. Cod. VI. 43. communia de legatis et fideicommissis etc.

§. 188.

1. Im Allgemeinen*)

1) Die Dispositionen eines testirfähigen Erblassers — wenn sie nicht nuda praecepta sind**) — l. 114. §. 14. D. de leg. I. (30.) — l. 38. §. 4. D. de leg. III. (32.), verpflichtet schlechthin, und zwar jeden Erben nach Verhältniß seines Erbantheils, l. 33. pr. D. de leg. II. (31.), wenn nicht der Testator ausdrücklich solidarische Verbindlichkeit auferlegt hat, oder das Object untheilbar ist; l. 8. §. 1. D. de leg. I. — l. 11. §. 23. l. 25. pr. D. de leg. III. Der Testator kann jedoch Niemand weiter oneriren, als er ihn honorirt hat. Nicht einmal ein Substitut, welcher einem enterbten Unmündigen bestellt worden ist, kann mit einem Legat oder Fideicommiß beschwert werden, wenn der Testator nicht auch den Pupillarsubstituten in primis tabulis zu seinem Erben ernannt hat; l. 24. C. 6. 37. — l. 41. §. 3.

*) Ueber die Collision der Gläubiger des Erblassers und des Erben mit den Legatarien s. oben Kap. VI. §. 183. — Ueber den Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen hat Höpfner Instit. §. 553. u. 555. no. 2. einige praktische Beispiele.

**) S. oben III. Th. Kap. II. §. 105. zu Nr. 7. [Ueber nuda praecepta und namentlich über die Frage, ob der Testamentsvollstrecker auch über die Beobachtung unmotivirter letztwilliger Verbote zu wachen habe, die nur im Interesse des Honorirten selbst, nicht eines Dritten getroffen sind, vergl. Annalen der Justizpfl. in Kurhessen, III. Jahrg. No. 4. S. 205 ff., Linde in seiner Zeitschr. V. S. 253 ff. u. Elvers im Hess. Arch. f. prakt. Rechtswiss. IV. S. 115 ff.]

D. 29. 1. — l. 126. pr. D. de leg. I. — l. 103. pr. D. de leg. III. — l. 87. §. 7. 35. 2. Wenn es aber doch geschehen ist, was sind die rechtlichen Folgen? insbesondere wenn Jemandem etwas legirt, ihm aber dagegen die Abtretung einer ihm eigenthümlichen Sache auferlegt ist, oder wenn sich das Verhältniß zwischen dem onus und commodum nicht voraus mit Sicherheit berechnen läßt, z. B. es sind dem A. 1000 fl. legirt, aber nach seinem Tod sollen seine Erben 2000 fl. an das Waisenhaus entrichten.

1[a]) Wenn mehrere Erben mit einem Vermächtnisse belastet sind, haften sie dann nach Viriltheilen, oder nach dem Verhältniß ihrer Erbportionen?

2) Ist es zur Giltigkeit eines Legats erforderlich, daß schon zur Zeit der Errichtung die zur Giltigkeit desselben erforderlichen Bedingungen vorhanden gewesen seyn müssen, insbesondere daß der Legatar schon damals die Fähigkeit,*) ein Legat zu erwerben, gehabt habe, oder genügt es, wenn nur zur Zeit des Anfalls ihm kein rechtliches Hinderniß entgegenstand?

3) Gilt ein Vermächtniß, welches in den Willen des Erben oder eines Dritten gestellt ist?

4) Kann der Legatar das Legat vor der Zeit der Fälligkeit (dies veniens) rechtsverbindlich ausschlagen? kann er es ferner theilweise oder von zwei Legaten nur Eines annehmen, das andere ausschlagen?

5) Wie ist zu entscheiden, wenn dieselbe Sache Mehreren, oder Einem ganz, dem Andern zum Theil, oder Einem zweimal vermacht ist?

6) Was ist in Betreff der legata ad pias causas Rechtens, wenn der Nachlaß nicht zur Bestreitung sämmtlicher Legate hinreicht?

7) Bekanntlich kann ein filius familias (diejenigen ausgenommen, welche geistlichen Standes sind) nicht über sein peculium paganum testiren;**) gilt aber nicht eine Ausnahme zu Gunsten eines Legats ad pias causas?

---

*) Von der Fähigkeit, ein Legat zu erwerben, ist hier nichts Besonderes zu bemerken, indem dazu nur die Erbfähigkeit überhaupt erfordert wird, wovon indessen das Alimentenlegat eine Ausnahme macht, indem dieses auch einem der Erbschaft Unfähigen hinterlassen werden kann; l. 11. D. 34. 1.

**) [Vergl. jedoch oben in Bd. I. §. 68. S. 727.]

8) Von welcher Zeit an können Verzugszinsen aus einem Legat, dessen Zahlungszeit nicht durch das Testament selbst bestimmt ist, gefordert werden?

9) Wenn ein Testament für ungiltig erklärt wird, weil der Erbeinsetzung ein Irrthum in den Beweggründen zum Grunde lag, sind dann auch die Legate hinfällig?

10) Bleiben die Legate wirksam, wenn der heres suus von der Erbschaft abstinirt? und ist auch der Substitut für die dem Vormann auferlegten Vermächtnisse verpflichtet?

11) Kann der Erbe ein von ihm aus Rechtsirrthum bezahltes Legat zurückfordern?

12) Wenn der Testator die vermachte Sache bei Lebzeiten schon veräußert hat, ist da der Erbe schuldig, die Aestimation zu leisten?

13) Inwiefern kann ein Legat durch Usucapion erworben werden?

Zu 1) Wenn im ersten Fall der Legatar das Vermächtniß angenommen hat, so gilt dessen Annahme dafür, daß er die dagegen abzutretende Sache nicht höher angeschlagen habe, als das dagegen Empfangene; l. 70. §. 1. D. de leg. II. — l. 36. D. 35. 2. — Elvers jurist. Lit.-Ztg. v. J. 1828. S. 66., Thibaut System §. 898. (Ed. 8.) Ist aber dem Legatar eine gewisse Geldsumme cum onere fideicommissi dergestalt vermacht, daß letzteres die erstere übersteigt, so kann er sich durch Abtretung seiner Klagen an den Fideicommissar ganz aus dem Verhältniß ziehen; nimmt er aber das Legat an, so wird er dem Fideicommissar pro quantitate legati, aber auch nicht weiter verbindlich. Seine Erben müssen daher jenes Geldlegat mit allen während seines Genusses angefallenen Zinsen an den Fideicommissar, soweit es nöthig ist, restituiren, l. 70. §. 1. D. de leg. II.; so auch, wenn es ungewiß ist, wie viel die species legata dem Legatar eintragen wird, oder wenn das ihm auferlegte onus nicht früher berechnet werden kann, z. B. nach l. 24. §. 12. D. 40. 5. si legatarius rogetur, servum alienum redimere, denn der Herr des Sclaven könnte einen ungeheuren Preis fordern.

Zu 1 [a]) Bezüglich dieser umfänglich in v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 521. not. 3. erörterten Streitfrage besteht ein von den Rechtsgelehrten bis jetzt unauflöslich erkannter Widerstreit der l. 17. D. 45. 2. einer- und der l. 54. §. 3., sowie besonders l. 124. D. de leg. I.

(30.) andererseits. Die erste Gesetzstelle bringt die allgemeine Regel, daß dem Legatar der Anspruch an vorhandene mehrere Erben nach dem Verhältniß ihrer Erbschaftsquoten zustehe, l. 33. pr. l. 44. pr. l. 77. §. 29. D. de leg. II. (31.), auch in dem Fall in Anwendung, wenn die Onerirten vom Testator namentlich aufgeführt sind, denn indem die Erbenqualität den Grund ihrer Verbindlichkeit ausmacht, scheint auch der Maaßstab derselben kein anderer seyn zu können. Die beiden anderen Gesetzstellen betrachten aber dann die Sache aus einem anderen Gesichtspunkte, wenn der Testator die mehreren mit Namen bezeichneten Personen, welche er onerirte, in Verbindung mit einander gesetzt, sie in eine und dieselbe und somit gemeinschaftliche Verbindlichkeit versetzt hat. Da scheint seine Intention geradezu auf Persönlichkeiten gerichtet, diese Personen müßten darum gleich behandelt werden, woraus folgt, daß sie pro parte virili haften. Was hat nun der Richter zu thun? Da der Gesetzgeber selbst seine Bestimmungen nur aus dem muthmaßlichen Willen des Erblassers schöpfen konnte, so darf und muß wohl auch der Richter im concreten Fall alle Momente aufsuchen, welche zur Erkenntniß dessen, was der Erblasser eigentlich wollte, führen können. Schlägt aber dies Bemühen fehl, so möchten wir denjenigen Autoritäten folgen, welche die beiden letzten Gesetzstellen als prävalirend darum betrachten, weil sie auf einem specielleren und eben darum von der l. 17. D. 45. 2. abweichenden Grund beruhen, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando. Also: „Wenn einigen von mehreren Miterben, oder allen unter namentlicher Aufführung ohne nähere Bestimmung ein Legat zu entrichten auferlegt worden ist, so haften sie zu gleichen Theilen;" s. Puchta Vorlesungen Bd. II. §. 524. not. 1., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 209. not. 12., Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 284., Gerstlacher zur Lehre v. d. Rechtsverhältniß zwischen mehreren mit einem Legat belasteten Erben u. d. Legatar. Heidelberg 1853.

Zu 2) Es handelt sich hier um die sehr bestrittene Frage, ob die Catonianische Regel, l. 1. D. 34. 7. — §. 32. J. 2. 20.*), auch noch im Justinianeischen Recht praktische Geltung habe, ob nämlich nicht durch die erfolgte Gleichstellung der Legate mit den Fideicommissen das mildere Recht dieser auch jenen zu Statten komme. Die älteren Rechtslehrer haben immer beide Momente zusammen für ent-

*) Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.

scheidend angesehen, mehrere neuere halten dafür, daß bei solchen Rechtsgeschäften, welche an keine Solennien gebunden sind, und daher bei Legaten eben so wie bei Fideicommissen es genüge, daß denselben zur Zeit des Anfalls kein rechtliches Hinderniß entgegenstehe; s. Schömann Handb. d. Civilr. Bd. II. no. 8. S. 176 ꝛc., v. Löhr in s. und Grolmann's Magazin für Rechtswissenschaft Bd. III. S. 196., Guyet Abhandl. aus dem Civilr. no. V. S. 103 ꝛc., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 270., Schilling Bemerkungen über röm. Rechtsgeschichte S. 24., Valett Lehrb. §. 1108., Thibaut System §. 959. (Ed. 8.) und Braun Erörter. zu §. 808., theilweise auch Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 882. Allein auch Legate können nicht nuda voluntate errichtet werden, indem auch zu Codicillen 5 Zeugen erfordert werden, und l. 201. D. de R. J. sagt: omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint. Die herrschende Meinung hat sich daher wieder der alten Lehre zugewendet, wonach die Capacität des Legatars zur Zeit der Legaterrichtung und am dies, quo legatum cedit vorhanden seyn muß; s. Harnier de regula Catoniana. Heidelberg 1820. §. 3. etc., Schröter Obs. jur. civ. no 6. pag. 108., die Lehrbücher von v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 472. (103.), Mackeldey §. 721., Mühlenbruch §. 766., Puchta §. 522., Müller über die Schenkung auf den Todesfall S. 89 ꝛc., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Th. I. S. 237., Derselbe civilist. Archiv. Bd. X. S. 328., Müller daselbst Bd. XIV. S. 274., Arndts im Rhein. Museum Bd. V. S. 204., Göschen Vorlesungen §. 1006. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 540. Unbestritten ist, daß die Catonianische Regel nur auf solche Legate gehe, bei denen im Betreff des dies cedens die regelmäßigen Grundsätze gelten, also nicht auf bedingte Vermächtnisse; vergl. v. Vangerow a. a. O. und Müller im civil. Archiv Bd. XIV. S. 295.

Zu 3) Daß ein solches Vermächtniß, welches der Testator dahin seinem Erben auflegt: si volet, so viel als keines sey, ist von selbst einleuchtend, l. 43. §. 2. D. de leg. I., indessen kann der Testator dies und jenes seinem Erben in arbitrium quasi boni viri stellen; l. 75. pr. D. de leg. I. — l. 11. §. 7. D. de leg. III. — l. 46. §. 3. D. 40. 5. Er kann auch aus Mangel an Voraussicht zweifelhafter Verhältnisse seinem Legat eine Einschränkung beifügen, durch welche sich das Legat nach dem Gutfinden des Erben wieder aufhebt. So sagt l. 11. §. 5. D. de leg. III., es sey ein legatum quasi conditionale, wenn der Testirer sagt: nisi heres meus noluerit, und l. 1 §. 1. D.

de leg II.: cum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi, ferner l. 6. pr. D. 36. 2. quod pure datum est, si sub conditione adimatur, quasi sub conditione legatum habetur. Unbedenklich kann auch die Zeit der Entrichtung des Legats in die Willkür der Onerirten gestellt werden; l. 11. §. 6. l. 41. §. 13. D. de leg. III. Die durch scheinbar unauflöslichen Widerstreit mehrerer Gesetzstellen, cf. l. 32. pr. D. 28. 5. — l. 68. D. eod. — l. 52. D. 35. 1. — l. 1. pr. D. de leg. II. — l. 43. §. 2. D. de leg. I. — l. 46. §. 2. D. 40. 5., entstandene Controverse: ob ein Legat von einer willkürlichen Handlung des Erben abhängig gemacht werden könne? s. Glück Thl. XXXIII. §. 1406 ꝛc., dürfte wohl sich dahin auflösen, daß ein solches Legat zwar nicht ungiltig, aber doch an und für sich unwirksam sey, wenn nämlich nach l. 3. D. de leg. II. ein also bedingtes Legat: heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit, allerdings gelten soll, so wird es doch nicht für sich, sondern nur durch den guten Willen des Erben wirksam werden können, nämlich wenn dieser nicht, um sich von dem Legat frei zu machen, die geringe Mühe, das Capitol zu besteigen, vorzieht. In Ansehung der weiteren Frage: ob man sein Vermächtniß in die Willkür eines Dritten stellen könne, ist die Verneinung nicht zweifelhaft, man läßt es aber als ein bedingtes Legat gelten, wenn es von der Handlung eines Dritten, welche in der Willkür desselben steht, abhängig gemacht ist; l. 52. D. 35. 1. — l. 1. pr. D. de leg. II. — l. 46. §. 2. D. 40. 5., Schrader Abhandl. aus dem Civilr. Bd. I. no. 3., Neustetel im civil. Archiv Bd. III. S. 94., Glück a. a. O. S. 443., Donell. Comm. Lib. VIII. c. 15. §. 6—8. Daß übrigens die bemerkten Vorschriften des älteren römischen Rechts in Folge der späteren Gleichstellung der Legate und der bekanntlich viel laxeren Fideicommisse als antiquirt zu betrachten seyen, wie Neustetel a. a. O. dafür hält, oder nach Schrader a. a. O., welchem Mehrere hierin folgten, s. Thibaut System §. 951. not. f. (Ed. 8.), durch das canonische Recht, s. c. 13. X. de testam., aufgehoben seyen, ist doch wohl mit mehr Grund zu verneinen; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 800., Höpfner Instit. §. 488. not. 5., G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abth. 2. no. 145. §. 18., Glück a. a. O. S. 476. und Thl. XXXIV. S. 3. — Von einem bedingten Vermächtniß, dessen Bedingung auf eine willkürliche Handlung des Erben gestellt ist, findet sich in Geiger u. Glück merkw. Rechtsfällen Bd. III. S. 28. ein instructiver Fall. A. vermacht dem B. 1000 Thlr. von dem künftigen Verkaufserlös seines Hauses, jedoch

nur auf den Fall, wenn seine Erben den Verkauf ihrer Convenienz gemäß halten, auch sich dazu ein annehmlicher Käufer finden sollte. Würde aber — heißt es weiter — der Legatar die Erben zum Verkauf des Hauses nöthigen wollen, so soll er des Legats verlustig seyn. — Nun starben die Erben, ohne den Verkauf des Hauses ihrer Convenienz gemäß gefunden zu haben, und der Legatar glaubte nunmehr deren Erben zum Verkauf und zur sofortigen Entrichtung des Legats anhalten zu können. Für seine Intention schien zwar der Grundsatz zu sprechen, daß Vermächtnisse nach der Billigkeit und so erklärt werden sollen, daß die Absicht der Testirers nicht vereitelt werde, mithin hier kein solcher Sinn anzunehmen sey, nach welchem das Legat in infinitum verweigert werden könnte, vielmehr die Beschränkung des Legatanspruches zu Gunsten der Erben mit deren Tod von selbst hinwegfalle, da ihre Convenienz für die Beibehaltung des Hauses nicht über ihr Leben hinaus dauern konnte, wie auch l. 11. §. 6. D. de leg. III. sagt: legatum: cum voluerit, tractum habet, quamdiu vivat is, a quo fideicommissum relictum est; cf. l. 41. §. 13. D. de leg. III. Demungeachtet wurde gegen den Legatar respondirt. Das Legat wurde nämlich als in merum arbitrium heredis gestellt betrachtet, s. Walch D. de legato heredis in arbitrium collato. Opusc. T. I. Ex. 9., und die Bedingung für deficirt angenommen, weil die Erben den Verkauf nicht ihrer Convenienz gemäß gefunden hatten, sich auch kein annehmlicher Käufer zum Haus gefunden hatte, jede Bedingung aber in der Person in Erfüllung kommen muß, auf welche sie gestellt ist, wenn nicht die Gesetze eine besondere Ausnahme machen, l. 39. pr. l. 44. l. 51. §. 1. l. 94. D. 35. 1., allenfalls aber auch auf die Erbeserben die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Legats nur unter derselben Bedingung übergehen konnte, unter welcher ihre Erblasser dazu verpflichtet worden waren. Die l. 11. §. 6. cit. konnte um deswillen nicht entgegenstehen, weil darin von einem solchen Fall die Rede ist, wo nicht die Bedingung des Vermächtnisses, sondern blos die Zeit der Ablieferung dem Willen des Erben überlassen worden war.

Zu 4) Eine Ablehnung vor dem dies veniens gilt nicht, l. 45. §. 1. D. de leg. II., Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 895., und eben so wenig ein theilweises Annehmen oder Ausschlagen, l. 4. l. 6. l. 58. D. de leg. II., doch sind die Erben des Legatars nicht so gebunden, daß nicht der Eine seinen Antheil annehmen, der Andere ihn repudiiren könnte; l. 38. pr. D. de leg. I. — l. 4. D. de leg. III., Glück Thl. XXXII. S. 129. Von mehreren Legaten aber kann der Hono=

rirte nur dann das eine annehmen und das andere ausschlagen, wenn nicht das eine, welches er ausschlagen will, belastet ist; denn in diesem Fall muß er entweder beide annehmen oder beide ausschlagen; l. 5. pr. §. 1. l. 23. D. de leg. II. — l. 10. D. 33. 2., Schweppe a. a. O. §. 895.

Zu 5) Ist die Sache Mehreren — wenn auch disjunctim — vermacht, so bekommt Jeder die Hälfte, l. 19. §. 2. l. 33. l. 34. pr. l. 67. §. 1. l. 85. D. de leg. I. — §. 8. J. 2. 20. — l. 1. §. 3. D. 7. 2. — l. 1. §. 11. C. 6. 51. — l. 7. pr. C. 6. 37., wenn nicht der Testator deutlich erklärt hat, daß der Eine die Sache, der Andere den Werth bekommen, oder daß durch das letzte Legat das erste aufgehoben seyn solle; l. 33. l. 82. §. 5. D. de leg. I. — l. 13. §. 1. D. de leg. II. — l. 20. D. de leg. III. — l. 14. D. 33. 2. — l. 1. §. 11. C. 6. 51., Schweickart in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 365., Schweppe a. a. O. §. 893. Letzteres scheint beispielsweise angenommen werden zu müssen, wenn der Testirer sagte: meinen Garten, welchen ich dem Cajus vermacht habe, vermache ich dem Titius. Hier wird das Legat nach l. 33. D. de leg. I. als transferirt angesehen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 288. Ist die Sache Einem ganz, dem Andern nur zum Theil vermacht, so erhält Jener nur, was Dieser übrig läßt; l. 1. pr. D. 34. 2., Schweppe a. a. O., Schweickart a. a. O., welcher gegen die von Schrader civilist. Abhandl. S. 244. behauptete Distinction, ob die zweite Disposition unmittelbar gefolgt oder durch anderweite Festsetzungen von derselben getrennt ist, wohl mit Grund einwendet, daß sie im allegirten Gesetz nicht enthalten sey, und auch nicht mit der zuvor erwähnten Bestimmung harmoniren würde, daß, wenn Zweien dieselbe Sache vermacht ist, sie sich darein zu theilen haben, nisi evidentissimi apparuerit, ademtione a priore legatario facta ad secundum legatarium testatorem convolasse; l. 33. D. de leg. I.

Ist eine Sache Einem mehrmal legirt, so soll er sie doch nur Einmal haben; l. 66. pr. D. de leg. II. nemo unam eandemque rem ex duabus lucrativis causis adquirere potest. Besteht das Legat in einer Geldsumme, so ist sie alsdann mehrmalen zu prästiren, wenn sie verschiedenen Erben auferlegt ist, l. 44. §. 1. D. de leg. II.; ist aber Einem Erben das Geldvermächtniß in gleicher Summe mehrmal auferlegt, so ist bei einer Hinterlassung in der nämlichen Disposition nur die eine, bei einer Hinterlassung in mehreren Dispositionen aber jede einzeln zu entrichten; l. 34. §. 1. l. 86. §. 1. D. de leg. I. — l. 12. D. 22. 3. — l. 66. §. 5. D. de leg. II., Schweppe a. a. O.

§. 893., Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 185. Würde indessen im ersten Fall der Legatar beweisen können, daß der Testirer wirklich die Verdoppelung des Legats beabsichtet habe, so wäre auch da zu Gunsten des Legatars zu sprechen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. S. 274., Glück Thl. XXI. S. 301. Ebenso muß im zweiten Fall umgekehrt dem Erben der Beweis nachgelassen werden, daß das Doppelvermächtniß nur in einer Vergessenheit des Testirers seinen Grund habe; Glück a. a. O. Zuweilen können auch im Testament selbst hinlängliche Gründe liegen, woraus rücksichtlich der mehreren, auch wohl in verschiedenen Summen derselben Person ausgeworfenen, Legate die Absicht des Testators, das frühere durch das spätere Legat aufzuheben, deutlich erkannt werden kann, und dann wird dieser nachgegangen, z. B. so wurde das einem von mehreren instituirten Erben ausgeworfene Prälegat dadurch als widerrufen erkannt, daß der Testator in einem späteren Testament eine andere Person zum einzigen Universalerben ernannt, und Jenem, ohne des Prälegats zu gedenken, wiederum ein Vermächtniß hinterließ; s. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen Bd. V. Abth. I. S. 53.

Zu 6) Die Meinung, daß in diesem Fall die legata ad pias causas den Vorzug vor den übrigen hätten, welche mehrere Rechtsgelehrte, Tiraquell an der Spitze, aus Nov. 131. c. 12. u. l. 1. §. 1. C. 6. 43. ableiteten, hat in den allegirten Gesetzstellen keinen hinlänglichen Grund, indem die erste nur von der Quarta Falcidia handelt, die zweite aber nicht ad speciem geht. Vielmehr stehen dieser Meinung l. 80. D. de leg. I. (30.) — l. 18. D. 29. 1. — l. 73. §. fin. D. 35. 2. entgegen. Wo daher nicht durch besondere Landesgesetze den piis causis ein solcher Vorzug eingeräumt ist, wie im Lübischen Recht Buch II. tit. 1. Art. 7., muß der Abzug sämmtlichen Legatarien pro rata gemacht werden; s. Schirach im civil. Archiv Bd. II. S. 271.

Zu 7) Viele Autoritäten lassen sich zwar für die bejahende Meinung anführen, s. Glück Thl. XXXIV. S. 140. not. 3., aber in den Gesetzen findet sich kein Grund dafür, daher auch Glück a. a. O. mit mehreren Andern diese Meinung verwirft; s. Fritz im civilist. Archiv Bd. VI. S. 211., vergl. oben. Kap. III. §. 143. zu Fr. 3.

Zu 8) Nächst den allgemeinen Regeln der mora ist hier nur die besondere rechtliche Begünstigung minderjähriger Legatare zu berücksichtigen. Bei ihnen vertritt da, wo sonst mora erforderlich ist, um eine Zinsenverbindlichkeit zu erzeugen, das minderjährige Alter die Stelle,

f. l. 87. §. 1. D. de leg. II. — l. 5. C. 4. 49. — l. 3. C. 2. 41., so daß der Minderjährige ohne Rücksicht auf die Zeit der erfolgten Erbschaftsantretung die Zinsen vom Todestag des Erblassers an fordern kann; s. Glück Thl. XXI. S. 47.

Zu 9) Die Erbschaft fällt zwar dann an die gesetzlichen Erben, aber die Legate müssen dennoch entrichtet werden, weil diese sich nicht auf einen Irrthum gründeten; l. 28. D. 5. 2. — l. 92. D. 28. 5. — Glück Thl. XXXIII. S. 423.

Zu 10) Zwar hat Glück Thl. XXIX. S. 239.*) diese Frage bejaht, indem er dem Rechtsgrundsatz, daß der heres suus ipso jure Erbe werde, und es zu seyn nicht aufhören könne, folglich das väterliche Testament destitut werde, die ausgedehntesten Folgen zuschrieb; er hat aber später Thl. XXXII. S. 21. not. 35. diese Meinung selbst als irrig zurückgenommen, indem ihr l. 1. §. 4. D. 36. 4. offenbar entgegensteht, welche hierin den Fall der Abstention und der Repudiation ganz gleich behandelt. Nur die die Person und das Vermögen des eingesetzten Kindes betreffenden väterlichen Verfügungen, wie Pupillarsubstitution und Vormundschaftsernennung, kann dasselbe durch Abstinenz nicht unwirksam machen; s. Francke Beitr. zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Bd. I. S. 145., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 539. Die Frage: ob auch der Substitut die dem Vormann auferlegten Vermächtnisse zu erfüllen schuldig sey, entscheidet l. 61. §. 1. D. de leg. II. bejahend, und gleiche Verbindlichkeit hat auch derjenige, welchem durch Anwachsungsrecht der mit einem Legat onerirte Antheil eines Miterben zufällt; l. 49. §. 4. D. de leg. II. In beiden Fällen wird indeß vorausgesetzt, daß die Auflage von der Art ist, daß sie Jeder erfüllen kann, und nicht wesentlich die Rücksicht auf persönliche Eigenschaften des Belasteten dabei zum Grunde liegt.

Zu 11) Nach l. 2. C. 6. 42. ist diese Frage unzweifelhaft zu verneinen; nur das fideicommissum vel legatum indebitum per errorem *facti* solutum kann nach l. 7. C. 4. 5. condicirt werden; s. Glück Thl. XXII. S. 327., vgl. Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. II. S. 394. not. 76.

Zu 12) Hat der Erblasser die Sache ganz willkürlich veräußert, so gilt dies einer stillschweigenden Willensänderung gleich, Pauli Sent. recept. Lib. IV. tit. 1. §. 9. — l. 8. pr. D. de leg. I.; und selbst wenn sie der Erblasser in der Folge wieder an sich gebracht hat, so kann

*) Nicht ohne Unterstützung mehrerer von ihm a. a. O. angeführter Schriftsteller.

daraus allein noch nicht gefolgert werden, daß der frühere Wille in des Testators Seele zurückgekehrt sey, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. X. S. 34., sondern der Legatar muß beweisen, daß der Testator die Sache um seinetwillen wieder angeschafft habe; l. 15. D. 34. 4., Glück a. a. O. Thl. XXI. S. 365. Hatte er sie aber aus einer gebieterischen Nothwendigkeit veräußert, so entscheidet l. 11. §. 12. D. de leg. III. si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, fideicommissum peti posse, nisi probetur, adimere ei testatorem voluisse. Probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam. Ist es zweifelhaft, ob der Erblasser aus Noth oder ohne Noth veräußert habe, so wird der Legatar den Beweis führen müssen, die Noth ist res facti; s. Höpfner Instit. §. 588. not. 5.

Zu 13) Es wird dazu nur erfordert, daß der Legatar erbfähig gewesen sey; l. 7. D. 41. 8. Ob der Testator wirklich todt war oder nur todt geglaubt wurde, ist für die Usucapion gleichgiltig; l. 5. l. 6. D. eod. Verschiedene Fälle der Legaterwerbung durch Ersitzung s. l. 4. l. 9. D. eod., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 902.

---

§. 189.

2. Nebenbestimmungen: Zeit*) — Ort — Bedingung**) — modus.

1) Bekanntlich wird ein Vermächtniß mit dem Tod des Testators erworben,***) wenn es unbedingt, mit Existenz der

*) S. auch oben Kap. III. §. 150.

**) Vergl. Bd. I. §. 39.

***) Der Antritt des Erben stellt zwar der Forderung des Vermächtnisses eine Verzögerung entgegen, nicht aber dem Verfalltage desselben; l. 7. pr. §. 1—4. D. 36. 2. [Ueber das Rechtsverhältniß des Vermächtnißnehmers im Vergleich mit der Delation und Acquisition der Erbschaft s. Köppen in v. Gerber's und Ihering's Jahrbuch V. S. 184—221. Derselbe führt aus, daß das Röm. Recht auch beim Vermächtniß eine Delation und Acquisition unterscheidet, daß auch der Vermächtnißnehmer mit der Delation nur eine facultas acquirendi erwirbt, welche ihm die alternative Befugniß der Agnition und Repudiation der legirten Rechte gewährt, daß auch der Erwerb dieser Rechte stets nur vom Erbschaftsantritt datirt, daß ferner auch hier jene facultas acquirendi wegen ihres familienrechtlichen Charakters (s. dazu ebend. S. 128. 129.) als bedingtes Recht überhaupt nicht, und selbst als unbedingtes nicht absolut vererblich ist, sowie endlich daß auch ihre wirksame Ausübung, wie die des Erbrechts, durch wesentlichen Irrthum und Zweifel (d. h. Zweifel über Existenz

Bedingung aber erst, wenn es ein bedingtes ist; l. 41. D. 35. 1. — l. 5. §. 2. D. 36. 2. — l. un. §. 7. C. 6. 51. Da nun auch die Beifügung eines ganz ungewissen Zeitpunkts einer Bedingung gleich geachtet wird, nam dies plane incertus facit conditionem, l. 21. pr. l. 22. pr. D. 36. 2. — l. un. §. 7. C. 6. 51. — l. 1. §. 2. l. 74. D. 35. 1., dagegen dies certus nicht das Recht der Erwerbung, sondern nur der Geltendmachung des Rechts aufschiebt, und auch diese nur insofern, als der Legatar nicht durch die Mucianische Caution den Besitz des Legats sich verschaffen kann, so fragt es sich hauptsächlich um den eigentlichen Begriff von dies certus und incertus?

2) Kann der Legatar die ihm bedingt vermachte Sache, wenn sie der Erbe pendente conditione veräußert hat, auch vom Dritten durch eine Klage herausfordern, wenn in der Folge die Bedingung in Erfüllung geht?

3) Ist die Bedingung, welche einem Legat dahin beigefügt ist, wenn der Legatar heirathen werde, schon durch die Schließung der Ehe für erfüllt zu achten, wenn auch die Beschreitung des Ehebetts nicht erfolgt ist?

4) Da besonders in der deutschen Sprache conditio und modus oft verwechselt wird, so fragt es sich, woran bei Legaten vorzüglich zu erkennen ist, was von beiden eigentlich im Sinne des Testators anzunehmen sey. Z. B. A. verordnet: mein Erbe soll den beiden jüngsten Kindern des B. 5000 Thlr. verabfolgen, mit der Bedingung jedoch, daß sie meinen Namen zu dem ihrigen nehmen und führen. Ist dies als wirkliche Bedingung zu betrachten?

5) Wann kann der Legatar das Vermächtniß fordern, wenn der Zeitpunkt der Entrichtung in die Willkür des Erben gestellt ist?

6) Können die Erben des Legatars das Vermächtniß fordern, wenn es diesem auf den Zeitpunkt seines Todes ausgesetzt ist?

7) An welchem Ort ist das Legat zu entrichten?

8) Ist ein Vermächtniß, welches dem Legatar auf den Todesfall eines instituirten Miterben hinterlassen ist, immer als

---

und Umfang des Erbrechts, Vermächtnisses, nicht aber Zweifel über Grund und Wirkung der Delation oder über die Handlungsfähigkeit des Delaten: s. ebend. S. 169.) ausgeschlossen ist.]

bedingt anzusehen, und was hat es für eine Wirkung, wenn dieser Miterbe vor dem Testator stirbt?

Zu 1) Die Terminologie von dies certus und incertus, mit der weiteren Abstufung von an oder quando, oder incertus an et quando, woran der Unterschied zwischen einem bedingten und unbedingten Legat, nicht ohne mancherlei Abweichungen der Rechtslehrer, geknüpft zu werden pflegt, hat diese Lehre mehr verdunkelt als aufgeklärt.*) Die Zeit ist ja bloße Form der Anschauung, der Begriff von gewiß und ungewiß kann sich aber nur auf wirkliche Thatsachen und Lebenserscheinungen fixiren. Die Zeitbestimmung kann daher nur dadurch gewiß oder ungewiß werden, daß sie an eine Begebenheit geknüpft wird, welche entweder nothwendig kommen muß, oder von ungewissem Zufall abhängt. Wo nun eine solche Zufälligkeit waltend ist über das vom Testator Gewollte, da ist eine Bedingung gegeben. Wo hingegen blos die Zeit des Empfangs für den Legatar in die Zukunft hinausgerückt ist, z. B. er soll nach Ableben des Erben 1000 Thlr. erhalten, da ist das Legat unbedingt, und der Legatar transmittirt es auf seine Hinterlassenen, wenn er auch vor dem damit onerirten Erben stirbt. Denn wenn gleich jede Bedingung (im eigentlichen Sinn) etwas Zukünftiges involvirt, so involvirt doch nicht jedes Zukünftige eine Bedingung. — Ist daher die Legatbestimmung rein an eine Zeit geknüpft, so ist sie unbedingt; ist sie an eine dieser Zeit angehörende Begebenheit geknüpft, nämlich, daß der Legatar den gesetzten Zeitpunkt erleben werde, so ist das Legat bedingt; l. 4. pr. D. 36. 2. — l. 49. §. 2. u. 3. D. de leg. I. — l. 79. §. 1. D. 35. 1. Die Entscheidung hierüber ist aber blos Gegenstand der Interpretation. Am deutlichsten ist dieser Unterschied ausgedrückt in l. 5. C. 6. 53. u. l. 22. D. 36. 2. Unvollkommenheit der Sprache läßt freilich öfter Zweifel übrig, ob der Wille des Testators nur auf die Zeit (nämlich auf das Fälligwerden des Legats zu dieser Zeit) oder auf die ungewisse Begebenheit, welche in diese Zeit fallen soll, geheftet ist; daher hiebei auch zuweilen der verständigen Beurtheilung oder der Erforschung des muthmaßlichen Willens des Testators Raum gegeben werden muß; l. 46. D. 36. 1., Gottschalk Disc. for. T. III. pag. 45. Ein Zeitpunkt kann auch vom Testator wohl nur durch eine Begebenheit bezeichnet seyn, z. B. nach Ableben meines Erben; ob aber hier immer nur die Zeit, wann das absolut Gewollte geschehen soll (mithin ein

*) Vergl. oben Kap. III. §. 163. (von Substitutionen) zur Fr. 5a.

unbedingtes Legat), oder die Begebenheit (ein bedingtes Legat) als das Wesentliche anzunehmen sey? darüber können leicht Zweifel erwachsen. Das wenn und wann, si und quando, werden oft verwechselt. In der Regel aber entscheiden die Gesetze da, wo der Wille des Testators ausdrücklich an eine Begebenheit geknüpft ist, für ein bedingtes Legat; l. 4. pr. D. 36. 2. — l. 79. D. 35. 1. — Gottschalk l. c. pag. 42., Leyser Vol. VI. Sp. 404. Med. 9., Geiger u. Glück merkw. Rechtsfälle Bd. I. no. VIII. So wird in Böhmer's auserlesenen Rechtsfällen Bd. I. no. 11. entschieden: legatum in casum mortis tertii relictum extinguitur, si legatarius ante illum mortuus sit. Es muß daher, um ein unbedingtes und daher sogleich transmissibles Legat annehmen zu können, entweder aus den Worten*) oder aus der präsumtiven Absicht des Testators hervorgehen, daß er blos die Zahlungszeit des Legats verschieben wollte, z. B. um dem Onerirten noch den lebenslänglichen Genuß des legirten Capitals zu belassen; s. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 34., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 230.

Ebenso finden wir uns in der Lehre von Bedingungen auf vernünftige Interpretation öfter verwiesen, z. B. eine Disposition kann bedingter Natur seyn, wenn gleich die Bedingung nicht ausgedrückt ist; nach l. 71. D. 35. 1. u. Nov. 123. c. 37. gilt das legatum dotis als conditionale*) — si nuptiae sequantur — wenn ein Fremder es verordnet hat, als purum hingegen, wenn es der Vater hinterlassen hat; und umgekehrt macht eine bedingt scheinende Fassung doch das Legat nicht immer zum bedingten, wie wir aus l. 7. §. 5. D. 36. 2. sehen. Hier hatte der Testator dem Pupillarsubstituten ein Legat mit folgenden Worten auferlegt: si intra pubertatem filius decesserit, Sejo centum dato. Nun starb Sejus schon während der Unmündigkeit des Sohnes vor diesem und bevor der Pupillarsubstitut zur Succession kam, und nun fragte es sich, ob Sejus das Legat dennoch erworben hatte, und auf seine Erben transmittiren konnte? War das Legat als pure relictum zu betrachten, so war die Bejahung zweifelsfrei, denn das dem Pupillarsubstituten im väterlichen Testament aufgegebene Legat

---

*) Z. B. s. l. 5. C. 6. 53. ex his verbis: do lego Aeliae filiae meae decem, quae legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit, non conditio, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur, et ideo si Aelia vita functa est, ad heredem suum actionem transmisit.

**) v. Ende jurist. Ausführungen S. 290. erkennt dies, obgleich er selbst eine solche Bestimmung nur für einen modus ansieht, doch als die Meinung der meisten neueren Rechtsgelehrten an.

fällt dem Legatar schon mit dem Tod des Substituirenden an; der Legatar erhält schon in diesem Augenblick ein jus quaesitum, wenn er es gleich erst dann realisiren kann, wenn der Substituirte wirklich zur Perception kommt; s. l. 1. D. 36. 2. — l. 7. §. §. 4. D. eod. Allein waren nicht die Worte: si intra pubertatem filius decesserit, für eine Bedingung anzusehen, welche dem Sejus den Erwerb des Legats nur dann möglich machte, wenn er den Pupillen überlebte? Darauf wird geantwortet: quod non, denn es war nicht anzunehmen, daß der Testirer das, was sich stillschweigend schon verstanden hatte, und bei jeder Pupillarsubstitution auf einer nothwendigen Voraussetzung beruht, zu einer eigentlichen Bedingung habe machen wollen, quasi ea conditio sit expressa, quae tacite inerat; Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 894. S. 292. not. 7. Zur Erläuterung des Ganzen mögen folgende Beispiele dienen: Der Testator sagte:

> „dem A. vermache ich 1000 Thlr., jedoch soll er sie nicht eher haben, bis er geheirathet und wenigstens ein Kind erzeugt haben wird."

Hier ist das Legat an ein Ereigniß, an einen Erfolg geknüpft, welches überall in den Gesetzen als eine Bedingung angesehen wird: l. 10. pr. l. 15. l. 25. l. 76. D. 35. 1. — l. 77. D. 36. 1. — l. 1. l. 4. C. 6. 46. — l. 4. C. 6. 53. — Boehmer Cons. et Dec. T. II. P. 2. R. 796., v. Ende vermischte Ausführungen Bd. II. no. 14.

Ferner:

> „meiner Frau vermache ich 4000 Thlr., jedoch soll nach dem Ableben derselben 1/4 dieser Summe an die Tochter meiner ältesten Schwester fallen.":

Ueberlebt nun die Letztere nicht die Ehefrau, so kann auch nichts gefordert werden. Wenn ein Vermächtniß auf den Todesfall des Onerirten hinterlassen ist, so wird es als ein bedingtes angesehen; l. 75. D. 35. 1. — l. 22. D. 36. 2. — Strippelmann Entscheid. Bd. I. no. 32. Dagegen ist es kein bedingtes Legat, wenn der Testator sagte:

> „mein Erbe soll meiner verstorbenen Schwester Tochter bei deren erfolgter Majorennität 500 Thlr. ausrichten, und inmittels bis dahin jährlich mit 20 Thlr. verzinsen."

Denn Zinsen setzen eine Hauptforderung voraus; kann also der Legatar die Verzinsung des Vermächtnisses seit dem Tod des Erblassers verlangen, so muß auch sein Recht auf das Vermächtniß selbst mit dem Tod des Erblassers eingetreten seyn; l. 26. §. 1. D. 36. 2.,

Günther rechtl. Bemerk. Bd. I. S. 4., Averanii Interpr. jur. Lib. II. c. 16. no. 13. pag. 505. Wenn es in einem gegenseitigen Testament der Eheleute heißt: C. soll 1000 Thlr. haben, welche ihm nach unserem beiderseitigen Absterben binnen 1/2 Jahre auszuzahlen sind, so genügt es, wenn C. nur den einen Ehegatten überlebt hat; s. Siebenkees von Testamenten §. 251., Dorn Diss. de aeris alieni inter conjuges commun. §. 10.

Zu 2) Daß dem Legatar außer der act. personalis auch eine act. in rem zustehe, ist unzweifelhaft; l. 1. C. 6. 43. Im unterstellten Fall scheint zwar entgegenzustehen, daß ein solcher Legatar, so lange die Bedingung schwebt, noch nicht Eigenthümer der legirten Sache wird, nam res sub conditione legata pendente conditione pleno jure heredis est, l. 29. §. 1. D. 40. 9., dieses Bedenken hebt sich aber dadurch, daß das Eigenthum des Erben ein widerrufliches ist, und sofort ex tunc aufhört, wenn die Bedingung mit ihrer retroactiven Wirkung existent wird; l. 66. D. 6. 1. — l. 82. pr. D. de legat. I., Glück Thl. XX. S. 231.

Zu 3) Hierüber entscheidet l. 15. D. 35. 1. videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.

Zu 4) Wenn man sich nach Thibaut System §. 102. u. 957. (Ed. 8.) unter modus blos eine Zweckbestimmung, oder nach Mackeldey Lehrb. §. 161a. eine Norm der Verwendung zu denken hätte, so würde man im unterstellten Fall wohl keinen modus denken können. Richtiger aber wird man mit Pfeiffer praktische Ausführungen Bd. I. S. 24. zwischen einem modificirten und einem bedingten Legat, ohne Rücksicht auf schwankende Ausdrücke des Testators, in der Art unterscheiden, daß bei jenem die Liberalität desselben durch eine dem Legatar gemachte Auflage beschränkt ist, indem er vom Legatar irgend eine Gegenleistung für das ihm verschaffte Legat fordert, wogegen durch eine Bedingung die ganze Liberalität von dem Eintritt eines gewissen Ereignisses, mag dieses auf äußeren Umständen oder auf dem Willen des Legatars selbst beruhen, abhängig gemacht wird, mithin modus und conditio potestativa darin zwar übereinkommen, daß eine Handlung des Legatars den Gegenstand der Nebenbestimmung ausmacht, darin aber von einander abweichen, daß durch den modus der Legatar zu dieser Handlung verpflichtet, bei der Bedingung aber diese Handlung als etwas noch Ungewisses vorausgesetzt wird; denn die Bedingung legt nie eine Verbindlichkeit auf, non potest agi, ut conditio impleatur, l. 41. pr. D. 18. 1. — Das entscheidende Criterium ist

demnach immer der ausgedrückte Wille des Testirers, daß der Legatar eine gewisse Handlung vornehme, und die hieraus entstehende Verpflichtung des Legatars zu derselben, wogegen bei Bedingungen das bedingte Ereigniß stets als etwas Geschehenes vorausgesetzt wird, daher im gesetzlichen Ausdruck stets das Praeteritum: fuerit, dederit, nupserit gebraucht wird; s. Hugo Lehrb. d. röm. Rechts §. 60., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. §. 197. Nach diesen Grundsätzen wurde vom Oberappellationsgericht in Cassel im unterstellten Fall für einen modus entschieden; s. Pfeiffer a. a. O.

Zu 5) Erst wenn der Onerirte stirbt, kann man annehmen, dies cedit et venit; l. 11. §. 6. l. 41. §. 13. D. de legat. III., Schweppe a. a. O. Bd. V. S. 293.

Zu 6) Allerdings; es wird nämlich angenommen, daß der Testator das Wohl der Erben des Legatars beabsichtet habe; l. 79. D. 35. 1. — l. 4. D. 36. 2., Hommel Rhaps. Vol. III. Obs. 442. Ein solches Legat kann auch nicht als bedingt angesehen werden, denn dieser Tag kommt nothwendig, und tempus mortis adnumeratur vitae; l. 18. §. 1. D. 40. 4.

Zu 7) Zunächst an dem vom Testator ausdrücklich oder muthmaßlich beabsichteten Ort, l. 47. pr. D. de leg. I.; außerdem, wenn das Legat in einer bestimmten species besteht, da, wo sie liegt, l. 38. l. 52. §. 3. D. 5. 1. — es wäre denn ein beträchtlicher Theil der Erbschaftsstücke legirt, dann sind sie da, wo die Erbschaft oder doch der größere Theil derselben befindlich ist, auszuliefern; l. 50. pr. l. 52. §. 3. D. 5. 1., Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 899.

Zu 8) Der Sterbetag des Erben ist zwar für den Legatar eine ungewisse Zeit, und daher als Bedingung für ihn insofern anzusehen, als er den Todestag des Erben erleben muß, l. 1. §. 2. l. 79. §. 1. D. 35. 1. — l. 4. pr. l. 13. D. 36. 2. — Ulpian. Fragm. 24. §. 30. — l. 12. §. 1. D. 31. — l. un. §. 7. C. 6. 51.; in Ansehung des Erben selbst aber, dessen Sterbetag dem Vermächtniß beigefügt worden ist, ist dieser nie eine ungewisse Zeit, l. 79. §. 1. D. 35. 1. — l. 12. §. 1. D. de leg. II. — l. 4. pr. D. 36. 2., mithin auch nicht als Bedingung zu behandeln. Z. B. A. verordnete: „mein Landgut soll meiner Ehefrau, so lange sie im Wittwenstand verbleibt, zum lebenslänglichen Genuß verbleiben, nach deren Tod aber will ich es meinen Stiefkindern hiemit vermacht haben.“ Nun stirbt die Frau und bald nach ihr der Testator. Die Erben des Letzteren verweigern jetzt das Legat aus dem Grund, weil es als durch das Vorabsterben des Testators bedingt anzusehen und bei

nicht eingetretener Bedingung hinwegfallend sey. Allein es war doch im Testament nicht gesagt, daß die Stiefkinder das Vermächtniß nur auf den Fall erhalten sollten, wenn seine Frau den Testator überleben würde. Conditiones non ex testamento venientes, sed quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia; l. 99. D. 35. 1. Die Erben des Testators mußten daher zur Entrichtung des Vermächtnisses verurtheilt werden; s. Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 24.

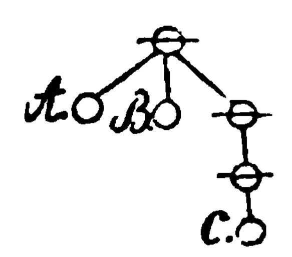
---

§. 190.

3. Von Codicillen.*)

Inst. II. 25. de codicillis. Dig. XXIX. 7. de jure codicill. Cod. VI. 36. de codicillis.

1) Ein Codicill, zu dessen Errichtung die Testirfähigkeit nicht minder, wie zu einem Testament vorausgesetzt wird, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 7. no. 2., setzt nothwendig voraus, daß ein Erbe vorhanden sey, an welchen es gerichtet seyn kann, entweder vermöge eines Testaments oder ab intestato. Wenn nun der vom Codicillanten bezeichnete Intestaterbe, welchem darin ein Vermächtniß auferlegt ist, vor dem Erblasser stirbt, ist dann derjenige, welcher nun durch Proximität Intestaterbe wird, auch verbunden, das Legat zu entrichten? z. B.



A. legt in einem Codicill seinem Bruder B. als seinem Intestaterben ein Vermächtniß auf, B. stirbt aber vor ihm, ist nun C. zu dessen Entrichtung verbunden?

2) Gelten die durch ein Testament bestätigten Codicille auch ohne Zuziehung von Zeugen?

2a) [Gilt die in einem bestätigten Codicill befindliche Verfügung oder Aufhebung einer Erbeinsetzung?]

---

*) Ueber Codicille der Blinden und Taubstummen s. oben Kap. III. §. 143. Nr. 4. u. 5.

3) Müssen die Zeugen rogirt werden? — ist auch deren und des Codicillanten Unterschrift nöthig?
4) Sind auch Frauenspersonen als giltige Zeugen zu betrachten?
5) Auch selbst Legatare?
6) Ist die Beifügung des Datums zur Unterschrift der Zeugen unnöthig?
7) Wenn im Testament ein Vormund bereits ernannt ist und in einem späteren Codicill ein anderer, gilt dieser als Mitvormund, oder ist die erste Vormundsernennung als aufgehoben zu erachten?
8) Verliert derjenige, welcher das Codicill impugnirt, auch die ihm im Testament verschafften Vortheile?
9) Wenn bei einem Intestat-Codicill der Testator nur an Einen Intestaterben gedacht, daher auch nur diesen onerirt hat, nachher aber deren Mehrere geworden sind, bleibt nun auf jenem allein das Legat haften?
10) Wie verhält sich ein testamentarisches Codicill zu einem später errichteten Testament?
11) Ist der Inhalt eines Codicills nach dem Zeitpunkt seiner Errichtung oder der Errichtung des Testaments zu beurtheilen? desgleichen die Fähigkeit, etwas aus dem Codicill zu erlangen?
12) Zu welcher Zeit muß der Codicillant testamentifactio gehabt haben?
13) Werden nachträgliche Verordnungen eines Testators, wenn er ihre Giltigkeit von selbst bestimmten Formalitäten abhängig gemacht hat, auch dann ungiltig, wenn sie nach den Gesetzen auch ohne solche gälten?

Zu 1) Allerdings, indem bei einem Intestat-Codicill die Eigenschaft als Intestaterbe allein als das Wesentliche zu betrachten ist; s. Höpfner Instit. §. 623. Nec interest, qui succedit, dum succedit. Dagegen ist bei einem testamentarischen Codicill das Legat ungiltig, wenn ein bereits Verstorbener mit demselben im Codicill onerirt wurde, gesetzt auch, daß er zur Zeit der Testamentserrichtung gelebt hatte, aber, ohne daß der Testirer es wußte, zur Zeit des errichteten Codicills schon todt war; l. 14. pr. D. 29. 7., Fein bei Glück Thl. XLIV. S. 263., vgl. auch S. 149. Ein Intestat-Codicill verwandelt sich übrigens in ein testamentarisches, wenn später ein Testament errichtet

worden ist. Dabei gilt es gleich, das Testament mag dem Codicill vorangegangen oder nachgefolgt seyn; l. 16. D. 29. 7.

Zu 2) In der Praxis ist wohl ohne Zweifel, wie Höpfner a. a. O. §. 626. bemerkt, und v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 526. III. (obgleich er aus doctrinellem Standpunkt das Gegentheil behauptet) gleichfalls anerkennt, die — besonders durch mehrere ältere Autoritäten, s. Boehmer Exerc. ad Pand. T. V. pag. 132., Donell. Comm. jur. civ. Lib. VII. cap. 17., Stryck de cautel. testam. Cap. II. §. 12., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 336. (Ed. 3.), Cramer Obs. jur. univ. T. III. pag. 443., Hellfeld Jurispr. for. §. 1513., unter den Neuern aber auch von Hugo, Lehrb. d. R. R. S. 213. (Ed. 7.), Puchta Pand. §. 523., Pütter auserl. Rechtsfälle Bd. IV. no. 391., Claproth von Testamenten u. Codicillen §. 71., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1570., Lehr Erörter. der Frage, ob bei den in einem Testament bestätigten Codicillen Zeugen nöthig seyen? bezüglich l. 2. §. 2. l. 14. pr. D. 29. 7. — l. 3. D. 26. 2. — l. 77. D. 28. 5. — l. 38. D. 35. 1. — §. 3. J. 2. 25. unterstützte — Meinung, daß in diesem Fall die Zuziehung von Zeugen nicht nöthig sey, herrschend geworden, indessen erkennen nicht nur schon einige ältere, wie Pistor, Lauterbach, Berger, Carpzov, Westphal, Harpprecht*) und Dunius D. de vetere ac novo jure codicillorum pag. 184., sondern auch viele neuere Rechtslehrer**) vermöge der l. 8. §. 3. C. 6. 36. und der von Hänel aufgefundenen Schlußworte der l. 7. Cod. Th. de testam. et codicillis IV. 4. (s. die Ausgabe des Cod. Theod. von Hänel und Haubold Opusc. T. II. praef. p. 151.), die Zuziehung von 5 Zeugen, wie auch deren Rogation, Einheit der Handlung, Unterschrift des Testators und der Zeugen, wenngleich nicht deren Besiegelung, bei allen Codicillen ohne Unterschied als unerläßliches Erforderniß an; s. Roßhirt Lehre v. d. Vermächtnissen Bd. II. S. 22—32., Danz in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 219., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 800., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 448. (53.), Mackeldey Lehrb. §. 702., Mühlenbruch Doctr. Pand. T. III. §. 685.

---

*) welcher jedoch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht gegen sich zu haben einräumt; s. Cons. V. 1. cons. 5. no. 64.

**) besonders v. Pufendorf in dessen von Ludwig Schmidt herausgegebenen Observationen. Celle 1841. Obs. 12., wo die Ungleichförmigkeit der Praxis gezeigt, und die gesetzliche Nothwendigkeit der Zuziehung von 5 Zeugen umfänglich dargethan wird; v. Reiche in Gans' Zeitschr. f. Civil- und Criminalrechtspflege im Königreich Hannover Bd. I. S. 401.

not. 13., v. Vangerow a. a. O., Thibaut System §. 934. (Ed. 8.), Fein bei Glück Thl. XLIV. S. 300. §. 1512a., Sintenis Civilr. Bd. III. §. 208. not. 3. Auch mehrere Präjudicien sprechen für den Satz, daß nach l. 8. §. 3. C. 6. 36. auch die im Testament im Voraus bestätigten Codicille zu ihrer Giltigkeit 5 Zeugen erfordern, namentlich Erkenntnisse der O.=A.=G. in Jena, s. Müller Zeitschr. f. Gesetzg. Bd. I. H. 1. S. 47., in Rostock, s. v. Nettelbladt Rechtssprüche Bd. IV. S. 85., in Celle, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 935. no. VII. der 2ten Aufl., Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 291. [Aus Puchta Vorlesungen II. S. 463. ersehen wir, daß derselbe bei codicilli testamento confirmati im Allgemeinen allerdings die Form der 5 Solennitätszeugen fordert, und sie nur dann für entbehrlich hält, wenn der Testator ein schon errichtetes Codicill bestätigt, über dessen Inhalt kein Zweifel ist. Dagegen hat sich neuerdings wieder v. Kräwel im Archiv f. civil. Prax. XLIII. S. 78 ff. für die von Höpfner als Praxis bezeichnete Ansicht erklärt, indem er für sich zwei Erkenntnisse des K. Sächs. O.=A.=G. (s. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verw. N. F. III. S. 286., X. S. 526.) anführt. Doch sprechen sich für die Erforderlichkeit der Zeugensolennität die O.=A.=G. zu Celle und Darmstadt (s. Seuffert's Archiv I. No. 358. und II. No. 314.) aus, wozu noch die von Chop im Archiv f. civil. Prax. XLIV. S. 335 ff. unternommene Widerlegung v. Kräwel's zu vergleichen ist.]

Zu 2[a]) [Nach v. Kräwel im Archiv f. civil. Praxis XLIII. S. 60 ff. hat früher — wenigstens in Preußen — in der Praxis der Grundsatz gegolten, daß Codicille, denen das Testament dieselbe Giltigkeit wie dem Testament selbst beilegt, ihrem ganzen Inhalte nach ebenso gelten sollen, als wenn ihr Inhalt im Testamente selbst enthalten sey. Dieser Ansicht ist aber Bornemann entgegengetreten, und ihm ist das Berliner Obertribunal (s. Entscheidungen Bd. VIII. S. 279.) gefolgt. Dagegen sucht neuerdings v. Kräwel a. a. O. S. 64—78. jene angebliche Praxis vom Standpunkte des modernen Bedürfnisses aus zu vertheidigen und den Satz zu rechtfertigen, daß, wenn im Testamente ausdrücklich die Befugniß vorbehalten ist, das Testament in einem schriftlichen Nachzettel auch in Beziehung auf die Erbfolge abzuändern, oder wenn einem schriftlichen Nachzettel die volle Kraft des Testaments beigelegt wird, ein solcher Nachzettel die volle Giltigkeit wie das Testament selbst, auch in Betreff der Erbfolge, habe. Hiergegen hat sich Chop im Arch. f. civilist. Prax. XLIV. S. 311—335. erklärt, indem er sowohl die entschiedene Aus=

bildung einer Praxis in jenem Sinne, als auch die Zweckmäßigkeit dieser Formlosigkeit mit Recht in Abrede stellt, und das vom mystischen Testament hergenommene Argument mit Recht zurückweist.]

Zu 3) Indem es in l. 8. §. 3. C. 6. 36. heißt: testes vel rogati vel qui fortuito venerint, ist damit nicht ausgeschlossen, daß auch die fortuito venientes um ihre Mitwirkung bei dem Geschäft ersucht werden müssen; vergl. l. 21. §. 2. D. 28. 1., Roßhirt a. a. O. S. 30., Danz a. a. O. S. 232., Schweppe a. a. O., Höpfner Instit. §. 626., Brinz Pand. II. S. 884. Daß die Unterschrift der Zeugen nothwendig sey, wird nirgends bezweifelt, und man wird auch, wie Danz a. a. O. S. 240. bemerkt, ebenso wie bei den Testamenten (l. 30. D. 28. 1.), es für erforderlich erachten müssen, daß die Subnotation der Zeugen die geschehene Rogation, sowie von wem und was bezeugt werde, ausdrücke, denn Glück's Annahme Thl. XXXIV. S. 290., daß aus der Unterschrift der Zeugen deren Rogation vermuthet werden müsse (s. auch Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. Obs. 144.), scheint wenigstens die gemeine Meinung gegen sich zu haben; s. die bei Glück a. a. O. Anm. 74. angeführten Autoren und Danz a. a. O.

Streitiger ist es, ob auch die Unterschrift des Codicillanten nöthig sey? Roßhirt a. a. O. S. 28., Thibaut System §. 934., Braun Dictaten dazu §. 783., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 890. not. 6. halten dieselbe nicht für nöthig, allein da die l. 6. §. 1. u. 2. D. 29. 7., worauf sich diese Meinung vorzüglich gründet, älteres Recht enthält, und daraus, daß in der l. 8. §. 3. C. 6. 36., wo überhaupt nur von der Adhibition von 5 Zeugen die Rede ist, auch nur die Unterschrift dieser Zeugen für nothwendig erklärt wird, noch nicht mit Sicherheit zu folgern ist, daß sonst keine Formvorschrift zu beobachten sey, so ist es sicherer, der Ansicht zu folgen, daß bei Codicillen dasselbe gelte, wie bei Testamenten, nämlich: wenn das Codicill eigenhändig vom Codicillanten geschrieben und darin erklärt ist, daß er es ganz eigenhändig geschrieben habe, so bedarf es seiner Unterschrift nicht, außerdem aber ist diese nicht minder als jene der Zeugen nöthig; s. Marezoll in Grolmann und v. Löhr's Magazin Bd. IV. S. 152., Mühlenbruch Doctr. Pand. T. III. §. 685. not. 8., v. Wening=Ingenheim Lehrbuch Bd. III. §. 448. (53.), Mackeldey Lehrb. §. 709. not. g., Sintenis a. a. O.

Zu 4) Die bejahende Meinung vertheidigt Jenichen in Supplementis ad Leyseri Med. Vol. XI. pag. 75., so auch Berger

Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. et III. not. 2., wenn er sagt: testamentum, quo mulieres testes adhibentur, per clausulam codicillarem sustineri in vim fideicommissi. Leyser Sp. 378. Corr. 1., Müller ad Leyser Obs. 590., Westphal von Vermächtnissen §. 1916., Voet Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 7. no. 1. Ohne Zweifel ist aber mehr Grund dafür, die Codicillarzeugen ebenso wie die Testamentszeugen als Solennitätszeugen ad ordinando negotia anzusehen, womit auch die Nothwendigkeit der Rogation zusammenhängt; Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 338. (Ed. 3.), Roßhirt und Danz a. a. O., Höpfner Instit. §. 626.

Zu 5) Der Schluß, auf welchen sich die verneinende Meinung gründet, s. Höpfner Instit. Comm. §. 626., Müller ad Leyser Obs. 558., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 340., Mayer Lehre von den Legaten §. 18. Anm. 17., da im Testament der Erbe nicht als Zeuge gelte, so könne auch der Legatar nicht Zeuge beim Codicill seyn, ist gewiß nicht bindend, denn ein Grund, welcher den Erben von der Zeugschaft im Testament ausschließt, nämlich seine unitas personae mit dem Testirer, s. §. 10. u. 11. J. 2. 10., trifft beim Legatar nicht zu, und mit dem Legatar hat der Testator nicht wie mit dem Erben testamenti factio, der Legatar steht zum Erben ganz im Verhältniß einer dritten Person. Am natürlichsten scheint es wohl, den Legatar als Zeugen gelten zu lassen, soweit er nicht zu seinem eigenen Vortheil zeugt; s. Thibaut System §. 934. (Ed. 8.), Braun Dictaten zu §. 783., aber die meisten Rechtslehrer schreiben dem Legatar uneingeschränkt die Eigenschaft eines giltigen Zeugen zu. Diese Meinung hat zwar in dem dafür gewöhnlich angeführten §. 11. J. 2. 10. kaum eine haltbare Stütze, denn da ist blos gesagt, daß bei Testamenten die Legatare giltige Zeugen seyen, mehr aber noch in l. 22. C. 6. 23. und das Bedenken, daß desfalls Zeugschaft in eigener Sache geleistet würde, wird durch die Bemerkung beseitigt, daß der Zeuge hier nicht Beweiszeuge, sondern Solennitätszeuge sey, denn sonst könnte er ja auch als Testamentszeuge nicht gelten, wo er doch in §. 11. J. 2. 20. ganz zweifellos als Zeuge gilt, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 301., Fein a. a. O. S. 455., Brinz Pand. II. S. 884.

Zu 6) In den Blättern für Rechtsanwendung von Seuffert und Glück Bd. III. S. 140. wird der Mangel des Datums für unnachtheilig erklärt, wenn sonst kein Bedenken gegen die unitas actus obwalte. Dies wird aber nur insoweit zuzugeben seyn, als diejenigen, welche aus einem solchen Codicill etwas erwerben wollen, auf andere

Weise beweisen können, daß die Einheit der Handlung beobachtet worden sey. Denn daß die 5 Zeugen uno eodemque tempore gegenwärtig seyn müssen, ist, selbst abgesehen von den Schlußworten der l. 7. C. Th. IV. 4., nach l. 8. §. 3. C. 6. 36. undisputirlich, es ist aber nicht erkennbar, wenn nicht die sämmtlichen Zeugen unter demselben Datum unterschrieben haben, und es zu präsumiren wäre ebenso bedenklich, als vorhin zu Fr. 3. in Ansehung der rogatio testium.

Zu 7) In l. 10. §. 1. D. 26. 2. heißt es zwar: in tutelis testamentariis id sequimur, quod novissimum est: et si saepius tutor datus sit, novissimam scripturam intuemur, doch wird, im Fall der Vater blos in einem Codicill einen andern Vormund ernannt hat, eine Aufhebung der ersten Ernennung nicht vermuthet, und daher beiden die Vormundschaft übertragen, wenn nicht irgend ein Bestimmungsgrund des Testators erhellt, welcher die Entscheidung leiten kann; l. 34. D. 26. 2. l. 2. C. 5. 28., Glück Thl. XXIX. S. 218.

Zu 8) Wenngleich das testamentarische Codicill wegen seiner accessorischen Natur — s. Brinz Pand. II. S. 885 ff. — mit dem Testament steht und fällt, so ist es doch auch möglich, daß das Codicill aus besonderen Gründen, welche die Giltigkeit des Testaments gar nicht berühren, hinfällig werden könne, und in diesem Fall kann der Angreifende nicht die im Testament, sondern nur die im Codicill ihm zugedachten Zuwendungen verlieren; s. Fein bei Glück Thl. XLIV. S. 149.

Zu 9) l. 11. 12. 13. pr. D. 29. 7. entscheidet bejahend, denn die Andern sind nun einmal nicht onerirt, und da sie aus eigenem Recht vi legis erben, so kann ihnen nichts angemuthet werden; doch kann der allein Onerirte sich der Billigkeit gemäß mit der exc. doli gegen die Fideicommissare schützen, welche mehr als diejenige Quote der Vermächtnisse von ihm fordern würden, für welche ihm die Erbschaft geblieben ist; vergl. not. 308. zu l. 12. cit. in der deutsch. Uebers. des Corp. jur., Witte im Rechtslex. Bd. II. S. 675.

Zu 10) Wird nach Anfertigung des testamentarischen Codicills ein Testament errichtet, durch welches Erben neu gerufen werden, so fällt das confirmirte Codicill als Theil des durch das neue Testament rumpirten früheren Testaments in Nichts. Aber auch das nicht confirmirte Codicill an den Testamentserben oder auch an den Intestaterben verliert seine Kraft, weil der in ihm Angeredete nun nicht mehr Erbe ist. Auch macht es darin keinen Unterschied, wenn der im rumpirten Testament berufen gewesene auch in dem rumpirenden Testament eingesetzt, oder wenn der im Codicill angeredete

Intestaterbe auch in dem nachfolgenden Testament zu Erben eingesetzt ist, denn er ist doch immer nicht in der Qualität Erbe, in der das Codicill zu ihm redete. Dagegen wird zwischen dem Codicill ad testamentum und dem ab intestato der Unterschied angenommen werden müssen, daß, während das erstere unwirksam bleibt, wenn auch das rumpirende Testament später durch Nichtantretung aller berufenen Erben destitutum, oder wenn es selber wieder rumpirt wird, das letztere aufrecht zu erhalten ist, so oft das der Intestatsuccession entgegengetretene Testament aus irgend einem Grunde nicht realisirt wird; s. Witte a. a. O.

Ueber das Verhältniß der ohne vorausgehendes Testament errichteten Codicille zu einem späteren Testament haben zwei Gesetzstellen, l. 5. D. 29. 7. und §. 1. J. 2. 25. zu sehr verschiedener Auffassung geführt. Die eine Meinung geht dahin, daß wenigstens irgend eine in oder außer dem Testament geschehene Willensäußerung des Erblassers erforderlich sey, um das ältere Codicill neben dem jüngeren Testamente als fortbestehend zu betrachten; Andere statuiren die Fortdauer des ersteren immer als sich von selbst verstehend, sobald keine entgegengesetzte Erklärung des Erblassers beigebracht werden kann. Diese Ansicht ist von Fein bei Glück Thl. XLIV. S. 168. so vollständig ausgeführt, daß Sintenis pr. Civilr. Bd. III. S. 705. not. 7. sie zur völligen Ueberzeugung begründet erachtet.

Zu 11) Alles rein Factische in codicillarischen Verfügungen ist nicht nach der Zeit des errichteten Testaments, sondern des errichteten Codicills zu beurtheilen. Sagt z. B. der Codicillant: „die Bücher, die ich besitze," so sind diejenigen zu verstehen, die er gegenwärtig besitzt, nicht diejenigen, welche er bei Errichtung des confirmirenden Testaments besaß; l. 7. §. 1. D. 29. 7., Witte a. a. O., Fein a. a. O.

Auch die Fähigkeit, etwas aus dem Codicill zu erlangen, richtet sich hiernach, z. B. wenngleich der Honorirte zur Zeit des Testaments gelebt hat, so ist doch, wenn er zur Zeit des Codicills schon todt war, das ihm darin bestimmte Legat pro non scripto zu achten. Ebenso, wenn der Onerirte in der Zwischenzeit gestorben ist, quia heres, ad quem testator sermonem confert, in rebus humanis non est; l. 2. pr. §. 1. l. 6. §. 4. l. 14. D. 29. 7., Fein a. a. O. S. 261.

Zu 12) Testamentifactio muß der Codicillant sowohl bei Errichtung des Testaments als des Codicills gehabt haben. Hat er sie indessen zur Zeit des Codicills zwar verloren, aber später wieder erlangt, so soll auch das Codicill wieder zu Kräften kommen; l. 2.

§. 3. l. 6. §. 3. l. 8. §. 2. 3. l. 9. D. 29. 7. — l. 12. §. 5. D. 49. 15.

Zu 1) Allerdings, denn der Testator wollte damit verhüten, daß nicht eine bei ihm noch nicht zur vollen Reife gediehene Idee für eine vollendete Willensbestimmung angesehen werden könne; s. Erk. d. O.-A.-Ger. in Dresden in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 69.

---

§. 191.

4. Codicillar-Clausel.

1) Kann ein Testament, welches zwar nicht die zu einem solchen nothwendigen Eigenschaften, aber doch so viele hat, als ein Codicill bedarf, von selbst in dieser letzteren Qualität aufrecht erhalten werden, wenn auch der Testator sich nicht ausdrücklich der Codicillarclausel bedient, nämlich nicht wörtlich erklärt hat, daß dasselbe auf jede mögliche Weise gelten solle? oder wenn die wirkliche Beifügung nur ein Werk des Notars war, von welchem der Testator nichts wußte?

2) Kann ein pflichtwidriges, oder auch wegen unförmlicher Uebergehung eines Notherben ungiltiges, oder ein durch agnatio postumi rumpirtes Testament durch die Codicillarclausel aufrecht erhalten werden?

3) Auch ein testamentum destitutum?

4) Wer sich aus einem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente Rechte zuschreibt, muß sich nach l. 8. pr. C. 6. 36. erklären, ob er es als Testament oder als Codicill anerkannt wissen will, und hat er die Wahl getroffen, so kann er, wenn er nicht zu gewissen, dem Erblasser nahe verbundenen Personen*) gehört, dieselbe nicht mehr ändern. Es fragt sich indessen, ob diese Bestimmungen der römischen Gesetze auch h. z. T. noch Anwendung finden?

5) Wenn ein mit der Codicillarclausel versehenes Testament durch ein späteres rumpirt wird, kann dann, wenn in dem

---

*) Solche sind unter den Agnaten die Ascendenten und Descendenten bis zum 4ten Grad, und die Cognaten bis zum 3ten Grad einschließlich; l. 8. §. 2. C. 6. 36. — l. 7. C. Th. 4. 4. — Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 385. not. 4.

letzteren das erstere nicht ausdrücklich widerrufen ist, das erstere nicht doch noch als Codicill Geltung behaupten?

6) Ist ein früheres Codicill durch ein späteres, wenn dieses nicht einen ausdrücklichen Widerruf enthält, doch als aufgehoben anzusehen?

Zu 1) Obgleich mehrere Rechtsgelehrte die Codicillarclausel in jedem Testament als stillschweigend verstanden wissen wollen; s. Alef de otio claus. codicill. in quovis testamento. (in dieb. academ. no. 23.), Tittel Opusc. de clausula codicill. subintellecta. Jen. 1759., Heisler von der Wirkung der stillschweigenden Codicillarclausel in den jurist. Abhandl. Bd. I., so ist doch diese Meinung von Andern gewiß genugsam widerlegt; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 527. not. 1., Walch Introd. in controvers. jur. civ. pag. 342. (Ed. 3.) und die von beiden angeführten Schriftsteller. Die herrschende Lehre geht daher in Folge vieler übereinstimmender Gesetze (besonders l. 41. §. 3. D. 28. 6. — l. 1. l. 13. §. 1. D. 29. 7. — l. 8. §. 1. C. 6. 36. — l. 11. C. 7. 2. — l. 19. D. 29. 1.) dahin, daß nur die ausdrückliche Beifügung von Nutzen seyn könne; wovon außer der Begünstigung der Soldatentestamente in l. 3. D. 29. 1. und der libertas, l. 38. D. 40. 5., nur das testamentum posterius imperfectum, wenn darin früher übergangene Intestaterben eingesetzt sind, eine Ausnahme macht. Fein bei Glück Thl. XLV. S. 237.*) So wesentlich allerdings für ein Codicill das bestimmte Wollen desselben auf Seite des Testators ist, so ist es doch vielleicht zu weit gegangen, wenn Manche es für wirkungslos ansehen, wenn die clausula codicillaris ohne bestimmtes Wissen des Testators vom Notar beigefügt worden ist, denn man darf wohl doch in dem allgemeinen Auftrag eines Testators an einen Sachkundigen die Absicht begründet erachten, seinem Willen auf jede rechtsbeständige Weise Kraft zu geben, Stryck de cautel. testam. Cap. 13. §. 18., Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 341. und wenigstens präsumiren, daß der Notar die Clausel mit Wissen und Willen des Testirers beigefügt habe; Voet Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 7. no. 7., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. §. 36. not. 4.

Zu 2) In dieser in mehrere Streitfragen verwickelten Materie

---

*) Wenn auch für testamenta parentum inter liberos hier und da von den Praktikern eine Ausnahme statuirt wird, s. Berger Oecon. jur. Lib. II. tit, IV. §. 6. not. 8. u. §. 36. not. 5., Voet Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 7. no. 7., so hat dieselbe wenigstens kein Gesetz für sich. Fein bei Glück Thl. XLV. S. 227 ff.

muß genügen, die vorherrschenden Ansichten in folgenden einfachen Sätzen aufzufassen:

a) Nur dann kann die Codicillarclausel nichts helfen, wenn das damit versehene Testament an solchen Mängeln leidet, welche auch das Codicill treffen.

b) Sie wirkt demnach auch im Fall der Verletzung von Notherbrechten und Pflichttheilsrechten, also daß die Notherben den in dem nichtigen Testament eingesetzten Erben die Erbschaft als Universalfideicommiß herauszugeben haben, und davon nur Quart und Pflichttheil abziehen dürfen. So entschied auch nach Francke Notherbenrecht §. 33. und gegen Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVII. S. 368. [s. Fein ebend. Bd. XLV. S. 322.] das O.=A.=Ger. in Cassel, s. Strippelmann Entscheid. Bd. II. S. 338. [Vering Röm. Erbr. S. 706., Seuffert's Archiv VIII. No. 70.]

c) Sie wirkt nicht, wenn ein Notherbe aus Irrthum übergangen, oder das Testament durch einen postumus rumpirt worden ist, weil dann der präsumtiven Absicht des Testators geradezu entgegengehandelt werden würde; s. Francke a. a. O. S. 447., Roßhirt Erbrecht S. 50—55., vergl. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 527. Anm. 2., Sintenis prakt. Civilr. Bd. III., §. 208. Anm. 10. Auf diesen Fall kann daher die Codicillarclausel nicht bezogen werden.

Zu 3) Der Sinn der Codicillarclausel ist bekanntlich der: wenn gleich der Erblasser sein Werk als Testament prädicirt, so wird vermöge der Clausel angenommen, es liege kein Testament, sondern ein Codicill vor. Im Mangel eines Testaments kann also ein solches Codicill nur ein Intestatcodicill seyn. Daraus folgt von selbst, daß es ganz indifferent ist, wenn das s. g. Testament destitut wird, denn indem es nur an die Intestaterben gerichtet seyn kann, wo ein Testament im juristischen Sinn nicht gegeben ist, ist ja ohnedies an einen Testamentserben nicht zu denken; v. Vangerow a. a. O. §. 527. Anm. 2. No. 2., Sintenis a. a. O. S. 709., Roßhirt Erbr. S. 54., Vering a. a. O. S. 707.

Zu 4) Manche der schon zur Fr. 1. angeführten Rechtslehrer betrachten die ganze Lehre blos als eine Folge der älteren bestimmten Form des Ausdrucks und der darauf eingeschränkten Wirkung der Testamente, womit die Anwendbarkeit in unseren Gerichten hinwegfalle; J. H. Boehmer Diss. de verbis directis et obliquis §. 15., Exerc. ad Pand. I. 116. Auch Voet l. c. Lib. 29. tit. 7. no. 9. fügt

der Bemerkung, daß nach l. 8. pr. C. 6. 36. derjenige, welcher aus einem mit der Codicillarclausel versehenen Testament etwas erwerben will, sich erklären müsse, ob er es als Testament oder als Codicill anerkannt wissen wolle, und nach getroffener Wahl nicht mehr davon abgehen könne, bei: quae tamen apud nos, quibus fere confusa testamentorum et codicillorum jura, non ita videntur usum habere, und Thibaut civil. Abhandl. S. 154. eifert besonders dagegen, daß nach l. 8. cit. selbst ein verzeihlicher Irrthum als Entsagung gelte. Indessen kann man doch nicht in Abrede stellen, daß die wesentliche Verschiedenheit zwischen Testament und Codicill und die Verschiedenheit der Wirkungen, indem im Fall eines Codicills dem Intestaterben die falcidische und trebellianische Quart, und, wenn er Notherbe ist, auch der Pflichttheil gelassen werden muß, noch h. z. T. besteht, es wird daher auch nicht leicht eine damit im Zusammenhang stehende Bestimmung auf die Seite gesetzt werden können*); s. Höpfner Instit. §. 628. not. ult.

Zu 5) Nur wenige der älteren Rechtslehrer unterstellen der Codicillarclausel auch den Zweck, das damit versehene Testament auch gegen ein späteres wenigstens als Codicill, und somit auch die in jenem enthaltenen Vermächtnisse aufrecht zu erhalten; s. Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. §. 22. not. 9., allein die dafür angeführte l. 2. C. 6. 36. sagt etwas ganz Anderes. Insgemein sieht man es vielmehr als natürliche Folge der Aufhebung eines früheren Testaments an, daß sein ganzer Inhalt, folglich auch die Codicillarclausel aufgehoben sey; s. v. Vangerow a. a. O. §. 527. Anm. 2. No. 3., Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 932. S. 385., Madihn Miscellen Bd. I. no. 31., Vering a. a. O. S. 707. Durch das spätere Testament wird vielmehr jede frühere codicillarische Disposition hinfällig, wenn auch kein ausdrücklicher Widerruf vorliegt. Wenigstens müßte ein früher begünstigter Legatar auf andere Art beweisen, daß der Testator den Inhalt des Codicills erhalten wissen wollte; Schweppe a. a. O. §. 916. Dagegen kann ein späteres nur durch die Codicillarclausel aufrecht zu haltendes Testament neben einem früheren giltigen Testament bestehen, und hat dann die Wirkung, daß der im ersten eingesetzte Erbe die Erbschaft als hereditas fideicommissaria dem

---

*) Als Vorsichtsmaßregel möchte daher dem Kläger zu empfehlen seyn, daß er im Klaglibell nicht ausdrücklich des Testaments erwähne, sondern im Allgemeinen seine Klage auf den Willen des Testirers gründe, denn solchenfalls muß der Richter von selbst diejenige Klage, welche für den Kläger die vortheilhafteste ist, als gestellt annehmen; vergl. Leyser Vol. V. Spec. 308. corr. 2.

im letzteren eingesetzten Erben zu restituiren hat, ebenso wie es der Intestaterbe thun müßte, wenn kein giltiges Testament vorhanden wäre; §. 7. J. 2. 17. — l. 2. D. 28. 3. — l. 27. C. 6. 23., Mackeldey Lehrb. §. 704., Degener in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 404.

Zu 6) Wenn nicht die Absicht, das frühere Codicill aufzuheben, deutlich erhellt, so kann das spätere Codicill an und für sich diese Wirkung nicht haben; l. 5. D. 29. 7. — l. 3. C. 6. 36. — §. 1. J. 2. 25., Puchta Pand. §. 535. Es soll auch nicht leicht ein Widerspruch unter mehreren Codicillen angenommen werden. So sagt Voet l. c. no. 3. ut tamen contraria voluntas non videatur, si quis priore codicillo fundum Cornelianum Titio, posteriore fundum Cornelianum Maevio legaverit, sed magis censeri debeant in illo fundo re conjuncti esse, eo quod, ubi alia conjectura capi potest, cessat praesumtio ademtionis.

---

§. 192.

5. Vom sogenannten Oralfideicommiß.

l. 32. C. de fideic. VI. 42. — §. 12. J. de fideic. hered. II. 23., vergl. l. 21. pr. D. de legat. III. (32.) und l. 13. C. de rebus creditis et jurejurando IV. 1.

1) Wenn der Erblasser seinem Erben ein Universal- oder Singular-Vermächtniß aufgibt, ist es zur verbindenden Kraft seiner Willenserklärung nöthig, daß er sie mündlich an den gegenwärtigen Erben richte?
2) Wenn der Erblasser seine Willenserklärung nur an Einen oder nach l. 2. C. 6. 43. wenigstens in Gegenwart eines seiner mehreren Erben hat ergehen lassen, wird dadurch auch der Andere, oder nur Jener und zwar in solidum oder pro rata hereditaria verpflichtet?
3) Kann der Beweis des an den Erben gerichteten Auftrags auch durch Zeugen geführt werden?
4) Wenn der Erblasser seinen Erben nur im Allgemeinen eine gewisse Person empfohlen hat, z. B. sie sollten eine treu gediente Magd wohl berücksichtigen, kann dies als ein Oralfideicommiß gelten?

Zu 1) Die früher sehr verbreitete Meinung, als sey der mündliche Auftrag an den gegenwärtigen Erben (fideic. heredi praesenti injunctum) wesentlich, um den Erben zur Entrichtung eines auf solche Art verordneten Fideicommisses oder Legats (denn zwischen beiden ist kein Unterschied zu machen, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 145.) zu verpflichten, s. Thibaut System §. 934., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 730., Voet Comm. ad Pand. Lib. 36. tit. 1. no. 8., muß ohne Zweifel der schon von der Glosse vorgetragenen und von den Neueren größtentheils anerkannten Erklärung der oben angeführten Gesetze, insbesondere der l. 32. C. 6. 42. weichen, daß nämlich jeder mit einem Vermächtniß Begünstigte, wenn es auch ohne alle Form angeordnet worden ist, sein Recht darauf soll geltend machen können, wenn er den Beweis durch Zuschiebung des Eides an den gravatus, versteht sich praestito juram. calumniae. führen will; s. v. Löhr civilist. Archiv Bd. II. S. 188., Schrader Corp. jur. civ. T. I. pag. 403., Roßhirt Lehre v. den Vermächtnissen Bd. I. S. 66., Puchta Lehrb. §. 517. not. y., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 891., Mackeldey Lehrb. §. 706., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 528. no. 1., Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 292., Vering Röm. Erbr. S. 710. Der Auftrag des Erblassers kann daher allerdings auch durch einen Brief an den Erben geschehen. Nur muß derselbe an den Erben wirklich erlassen und nicht blos in den nachgelassenen Papieren des Verstorbenen eine solche Scriptur gefunden worden seyn. *) Der oben angeführten entgegengesetzten Meinung Thibaut's und Mühlenbruch's folgt jedoch das O.-A.-G. in Jena, s. Seuffert's Archiv Bd. IV. S. 120. [Das Obergericht zu Wolfenbüttel entschied: Wenngleich die Bekanntmachung an die Belasteten ein Erforderniß ist, so kann man doch diese Bedingung nicht auf eine unmittelbare mündliche Eröffnung an den gegenwärtigen Belasteten beschränken, sondern es darf auch eine anderweite an den Belasteten gerichtete, z. B. schriftliche oder durch einen glaubwürdigen Boten geschehene Aufforderung für zulässig erachtet werden, wenn nur die Richtung der Aufforderung, die Bekanntmachung gerade an den Belasteten außer Zweifel ist. Seuffert's Archiv VIII. No. 72.]

Zu 2) Diejenigen, welche die Gegenwart des Erben nöthig finden, müssen consequent annehmen, daß nur derjenige Erbe verpflichtet

---

*) [Ebenso wenig genügt bloßes Vorlesen des aufgesetzten Willens, sofern sich nicht die Gewißheit der beabsichtigten Auflage an den praesens heres ergibt. Seuffert's Archiv XIV. No. 150.]

werde, welchem der Erblasser mündlich das Legat oder Fideicommiß aufgetragen hat, aber darüber schwanken sie, ob, wenn die Auflage allgemein gefaßt oder auf die Erbschaft überhaupt bezogen ist, der heres partiarius zur Entrichtung des Ganzen oder nur nach Verhältniß seines Erbtheils verpflichtet werde.

Für letzteres entscheidet gegen Schilter Prax. jur. Rom. Ex. 40. app. 2. im zweifelhaften Fall Leyser Sp. 401. Med. 2., Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXXVI. tit. 1. §. 8., Becker in der Sammlung merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 593., Berger Oecon. jur. II. tit. 4. th. 33. not. 1., v. Bülow Abhandl. Th. II. Abth. I. S. 92., und nur ausnahmsweise für das Ganze, wenn es untheilbar ist; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 146., bezüglich l. 11. §. 23. u. 24. D. de leg. III., Brunnemann ad l. ult. C. de fideic. (6. 42.) no. 9.

Aber auch wenn man eine schriftliche Willenserklärung des Erblassers als verbindend erkennt, so kann sie doch immer nur den, welchem der Erblasser sie mitgetheilt hat, obligiren, und daher, wenn dieselbe dahin lautet: „Ich wünsche, daß meine Erben dem X. 1000 Fl. hinauszahlen," nur pro rata hereditaria; wenn aber der Erblasser einem der mehreren Erben nur erklärt: X. soll 1000 Fl. erhalten, so muß angenommen werden, daß nur diesem Erben das Vermächtniß auferlegt sei; v. Bülow a. a. O.

Zu 3) Die Zulässigkeit anderer Beweismittel außer dem Eid wird vorzüglich behauptet von Süptitz über den Beweis eines dem Fiduciar vom Testator mündlich auferlegten Fideicommisses (Helmst. 1804), welchem v. Bülow a. a. O. bezüglich l. 25. D. 34. 5. beistimmt, s. auch Becker a. a. O., Höpfner Instit. §. 605. not. 2., Wernher P. III. Obs. 2., Pufendorf Animadv. jur. no. 85. Brinckmann D. de fideicommisso ejusque legitima probatione §. 5—8. Dieser Meinung, wonach der l. ult. C. 6. 42. u. §. ult. J. 2. 23. nicht die Absicht unterstellt werden könne, andere Beweismittel, wenn dergleichen vorhanden sind, absolut auszuschließen, ist die Tübinger Juristenfacultät in einem Ausspruch vom 16. März 1785 beigetreten, s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 92., wogegen ohne Zweifel Geist und Wortinhalt des Gesetzes für die Behauptung spricht: Wer keinen formellen letzten Willen, es sey nun Testament oder Codicill, zu produciren vermag, der kann blos Alles in den Eid des angeblich Onerirten stellen, l. ult. C. 6. 42., v. Vangerow a. a. O. §. 528. no. 2., Puchta Lehrb. §. 517., Schweppe a. a. O. §. 891., v. Löhr im civil. Archiv Bd. II. S. 188., Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 261., Glück D. de testamenti solennis probatione pag. 21.,

Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXXVI. tit. 1. §. 10., Malblanc Doctr. de jurejurando Lib. III. §. 49., und dieser Eid muß entweder geleistet oder recusirt, er darf nicht zurückgeschoben werden, denn das Gesetz spricht ausdrücklich blos von Annahme oder Recusation; Schweppe a. a. O. Es kann indessen auch der Fall seyn, daß ein Erblasser in seinem Testament das Bekenntniß eines ihm mündlich auferlegten Fideicommisses niederlegt, und dann macht gewiß das Geständniß jeden Beweis überflüssig. Confessio testatoris in testamento de fideicommisso sibi praesenti injuncto plene probat, s. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 144. Ebenso in folgendem Fall: der Honorirte forderte von den Erben des Onerirten das diesem vom Erblasser aufgetragene Fideicommiß. Der Onerirte hatte auch noch bei seinen Lebzeiten freiwillig in einem instrumentum publicum ein wohlüberlegtes und erschöpfendes Geständniß über die letztwillige Disposition seines Erblassers abgelegt, und sogar gerade zu dem Zweck, damit der Honorirte sein Recht auf Erfüllung jener Disposition nach seinem Tode gegen seine Erben begründen könne, indem er den dazu adhibirten Notar angewiesen hat, künftig dem Betheiligten Ausfertigung des Protocolls zu ertheilen. Durch Erk. d. O.=A.=G. in Lübeck wurde auch hier das Geständniß des Onerirten für genügend erkannt; s. Seuffert's Archiv Bd. V. S. 43. Ueber Fideicommisse ex lege fin. C. 6. 42. und deren Anwendung auf Kinder (infantes), welche zu Erben eingesetzt sind, s. Bolley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien S. 358.

Zu 4) Unbestimmte Empfehlungen ziehen keine positivrechtliche Verpflichtung nach sich; l. 78. §. 8. D. 36. 1. Wenn gleichwohl Leyser Sp. 377. Med. 8. aus Billigkeit dem Mädchen, welches von der Erblasserin auferzogen worden war, und ihr unentgeltlich gedient hatte, auf den Grund einer solchen Empfehlung hin, eine Summe ex aequo et bono zuerkennen zu dürfen glaubte, so möchte sich dies stricto jure nicht rechtfertigen, und ein Oralfideicommiß so wenig als ein Erbvertrag sich annehmen lassen.

Fideicommisse werden wohl auch verbis precativis errichtet,*) l. 11. §. 7. D. de legat. III., v. Gönner u. Schmidtlein Jahrbücher d. Gesetzg. und Rechtspflege in Baiern Bd. I. S. 377., aber eine so unbestimmte Aeußerung wird keine sichere Grundlage für den erkennenden Richter darbieten; vergl. Archiv f. d. Civil= u. Criminalr. d. Königl. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XII. Abth. 1. S. 179.,

*) Vergl. den im Kap. XI. Fr. 16. vom Universal=Vermächtniß angeführten Fall.

Bd. XIII. Abth. 2. S. 45., **Watermaier** d. Oralfideicommiß u. dessen Verh. zu Erbvertr. in einem v. Oberger. d. fr. Stadt Bremen u. am O.-A.-G. zu Lübeck verhand. Rechtsstr., dargest. mit den Urtheilen ꝛc. der erwähnten Gerichte gr. 8. (Bremen 1838).

---

§. 193.

6. Von den Subjecten bei Legaten.

Dig. XLIII. 3. quod legatorum Cod. VIII. 3. quorum legatorum.

a) Rechte und Verbindlichkeiten des Onerirten.

1) Da Niemand mehr belastet werden kann, als er durch die Freigebigkeit des Erblassers — nämlich außer rechtlicher Nothwendigkeit — erhält,*) so fragt sich, nach welchem Zeitpunkt der Werth des Empfangenen**) zu berechnen ist?

*) Inwiefern der Vater mit einem Vermächtniß onerirt werden kann, wenn sein Hauskind zum Erben eingesetzt ist; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 521. Anm. 1.

**) Nicht allein dessen, was er als Erbe durch die letztwillige Disposition des Erblassers erhält, sondern auch, was ihm dieser im Voraus auf Rechnung seines künftigen Erbes gegeben hat; Thibaut System §. 918. (Ed. 8.) — 1 56. §. 5. D. 35. 2. Die gesetzliche Beschränkung, daß niemand mehr onerirt werden darf, als er honorirt ist (l. 114. §. 3. l. 122. §. 2. D. de legat. I. — l. 70. §. 1. D. de legat. II. — §. 1. J. 2. 24.), kann der Belastete so lange geltend machen, als er nicht ausdrücklich auf sie verzichtet hat; l. 46. D. 35. 2. — l. ult. C. 6. 50. — l. 20. §. 1. D. 39. 5. Es schadet ihm daher nicht, daß er sich bei dem seiner Zeit gehörig publicirten Testamente des Fideicommittenten beruhigt, und ebenso auch die darin gewährten Vortheile genossen hat; s. Erk. d. O.-A.-G. in Lübeck in der Hamburger Samml. Bd. I. H. 4. S. 798.

Der Erbe muß übrigens, wenn er aus einem Testament die Erbschaft angetreten hat, auch die über sein eigenes Vermögen getroffenen Verfügungen des Erblassers anerkennen; Leyser Sp. 380. med. 6. 7. Der abweichenden Meinung bei Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 541., Beseler Erbvertr. Bd. II. S. 355. steht entgegen: 1) daß zu unterscheiden ist zwischen einfacher Erbschaftsantretung, und ausdrücklicher Anerkennung des Testaments: jene kann, sobald nur nicht ein test. correspectivum oder eigentlicher Erbvertrag in Frage ist, der Erbe auch cum protestatione vornehmen, dagegen bei deren Unterbleiben l. 69. D. 50. 17. — l. 41. D. 4. 4. — l. 16. §. 1. C. 6. 23. eintreten. Das eigenthümliche Vorurtheil der Römer gegen Erbverträge verliert in einem solchen Falle seine Bedeutung, weil der Erbe den Willen des Erblassers erfüllte, dem er Dankbarkeit und Pietät schuldig ist; s. Emminghaus Sächs. Pandecten S. 645. no. 21.

2) Wer ist als onerirt zu betrachten, wenn der Erben mehrere sind, und der Erblasser sich nicht deutlich darüber erklärt hat?
3) Wenn ein Onerirter wegfällt, geht dann die Belastung desselben auf seinen Nachfolger über?
4) Inwiefern haften mehrere Onerirte solidarisch?
5) Inwieweit kann auch ein Pupillarsubstitut onerirt werden?
6) Kann die Caution, welche der Onerirte vom Legatar oder Fideicommissar der Restitution halber für solche Fälle, in welchen ein rechtlicher Grund eintritt, verlangen kann, auch dann noch von demselben gefordert werden, wenn
   a) der Onerirte das Vermächtniß bereits entrichtet hat? oder
   b) auch, wenn in einem von dem Fideicommißerben mit dem Fiduciarerben geschlossenen Vergleich von Letzterem eine Generalhypothek constituirt war, welche Ersterer in der Folge nicht mehr sicher genug findet?
   c) Da übrigens nach l. 6. C. 6. 49. Söhne von der Cautionsleistung für ein auf sie constituirtes Fideicommiß befreit sind, so fragt sich, ob dies auf fiduciarische Enkel auszudehnen sey?
7) Eines der wichtigsten Rechte des Onerirten ist, daß die Beschwerde der testamentarischen oder Intestaterbschaft durch Vermächtnisse oder Fideicommisse sich nicht über $^3/_4$ des Erbschaftsvermögens erstrecken darf, sondern jedem Erben von seiner Portion $^1/_4$ frei bleiben muß, §. 1. J. 2. 22. — l. 77. D. 35. 2. — wofern nicht der Testirer dem Erben den Abzug einer Quart (bei Legaten die falcidische, bei Fideicommissen die trebellianische genannt), welche er, vorausgesetzt, daß er gehörig inventirt hat, für sich hinwegzunehmen durch das Gesetz berechtigt ist, ausdrücklich*) verboten hat.**)

---

*) Nach Sächsischen Rechten ist auch eine stillschweigende Untersagung hinreichend; s. d. Hartitzsch Entscheidungen no. 181. bezüglich der 43sten Decision v. J. 1661. Doch sollen die Handlungen und Ausdrücke einer sehr strengen Prüfung unterworfen werden; s. Gottschalk Diss. for. T. I. Cap. X. pag. 113.

**) was Justinian in der Nov. 1. c. 2. §. 2. mit auffallender Inconsequenz und gegen die wahre Natur des ursprünglich prohibitiven Gesetzes ihm gestattete. Man nimmt sogar ein stillschweigendes Verbot des Abzugs der qu. Falc. an, z. B. wenn der Testator die Veräußerung der Sache verboten hat; s. Thibaut System §. 917. (Ed. 8.), Braun Erörter. §. 766., Schweppe Bd. V.

In Ansehung der Berechnung des Vermögens entscheidet der Zeitpunkt des Todes des Erblassers. Was ist nun die Folge, wenn ein im Nachlaß befindliches Lotterieloos nachher einen bedeutenden Gewinn gemacht hat?

7[a]) Wie weit gehen die Dispositionsbefugnisse des zur trebellianischen Quart berechtigten Fiduciarerben?

7[b]) Können Descendenten noch neben dem Pflichttheil auch die trebellianische Quart in Abzug bringen?

7[c]) Ist da, wo die qu. Trebell. neben dem Pflichttheil abgezogen werden darf, die erstere nur von der nach Abzug des Pflichttheils noch übrigen Masse, oder vom ganzen vollen Erbtheil abzuziehen?

8) Muß der Erbe, welchem neben seinem Erbtheil ein Prälegat ausgesetzt ist, dieses auf seine Quart sich anrechnen lassen?

9) Nach den Gesetzen ist das legatum debiti und der zurückvermachte Brautschatz dem Abzug der falcidischen Quart insofern unstreitig unterworfen, als es sich von dem Vortheil der früheren Zahlung handelt. Darf aber auch der Erbe hier in Anrechnung bringen, was diese Vermächtnisse der Quantität nach mehr in sich begreifen, als der Testator wirklich schuldig war?

10) Die gesetzliche Vorschrift, daß jeder Erbe sein 1/4 frei haben muß, führt, wenn mehrere Erbschaftsportionen in Einer Person zusammenkommen, bei Berechnung der Quart auf einen bedeutenden Unterschied, je nachdem die Portionen zusammengeworfen oder getrennt behandelt werden.

Man setze den Fall: einem der Instituirten fällt der Antheil eines Miterben dadurch zu, daß er ihm vulgariter substituirt ist. — Nun ist er selbst auf 2000 Fl. eingesetzt,

---

§. 110., Heimbach in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 369. Zum Abzug der Quart ist übrigens da, wo sie stattfindet, nur der Erbe, gleichviel ob testamentarischer oder Intestaterbe, nicht aber ein mit Vermächtnissen beschwerter Legatar oder Fideicommissar für seine Person berechtigt; s. l. 32. §. 4. D. 35. 2. und die Note 26. hierzu in der deutsch. Uebers. l. 47. §. 1. D. eod. Die verschiedenen Gründe, aus welchen der Abzug der falcidischen Quart wegfallen kann, stellt vollständig zusammen v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 538. In vielen Gesetzgebungen der mittleren und neueren Zeit ist sowohl die falcidische als trebellianische Quart aufgehoben. — Eine Verbindlichkeit des Erben, sich bei Berechnung der falcidischen Quart Verzugszinsen anrechnen zu lassen, kann nicht angenommen werden; s. Elvers Themis Bd. I. S. 541., Thibaut im civilist. Archiv Bd. IX. no. 6.

aber mit ebensoviel Legaten belastet, dagegen einem auch auf 2000 Fl. eingesetzten Miterben vulgariter substituirt. Werden nun die Erbportionen getrennt behandelt, so kann er den auf ihn mit 2000 Fl. angewiesenen Legataren $^1/_4$ mit 500 Fl. abziehen, nicht aber, wenn die Erbportionen zusammengeworfen werden, denn aus 4000 Fl. bleibt ihm ja selbst nach Abzug der Legate noch hinlänglicher Ueberschuß. Zwischen dem Getrenntseyn und der Vereinigung liegt aber auch noch ein Medium, nämlich: Einrechnung des Ueberschusses der einen Portion in die andere. Gesetzt, die erste Portion betrüge 400, von ihr sind aber 280 dem T. legirt, die zweite betrüge auch 400, und auf ihr lastet ein anderes Legat für S. von 350. Beim gänzlichen Getrenntseyn würde T. seine 280 und S. nur 300 erhalten, dem Erben blieben hiernach 220. Beim gänzlichen Zusammenwerfen zieht der Erbe von den sämmtlichen 630 betragenden Legaten die 30, welche über die gemeinsame Quart der beiden 800 betragenden Erbportionen legirt sind, beiden Legataren im Verhältniß von 4 zu 5 ab, wodurch dem T. $13^1/_3$, dem S. $16^2/_3$ gekürzt werden, und dem Erben bleiben 200. Von den Legataren aber hat T. verloren, während S. gewann. Was ist nun in den auf mancherlei Weise möglichen Fällen des Zusammentreffens mehrerer Portionen in Einer Person zu statuiren?

11) Sind die legata ad pias causas vom Abzug der Quart befreit?

12) Wenn von diesen und jenen Legaten die Quart nicht abgezogen werden darf, sind diese dann ebenso wie Schulden vorweg abzuziehen? z. B. der Testator hat 800 Fl. Vermögen hinterlassen, wovon er 600 Fl. ad pias causas und 200 Fl. einem Privaten vermacht hat. Muß sich nun Letzterer 50 Fl. von seinem Legat abziehen lassen, oder kann der Erbe in der Art rechnen, daß er sagt: Von 800 Fl. Erbschaft müssen mir 200 Fl. als Quart frei bleiben; da ich nun der pia causa nichts abziehen darf, so muß das andere Legat ganz hinwegfallen?

13) Welche culpa hat der Erbe dem Legatar zu prästiren?

14) Inwiefern kann er verbunden werden, für die Eviction ein-

zustehen, oder auch die legirte Sache von den darauf haftenden Realansprüchen frei zu machen?

15) In welchen Fällen muß der Erbe dem Legatar den Werth der vermachten Sache, welche dieser nicht in natura erhalten kann, prästiren?

16) Was für Rechtsmittel hat der Onerirte wegen der an den Legatar für etwaige Impensen-Auslagen 2c. ihm zustehenden Ansprüche?

17) Wenn in einem Land von den an extraneos fallenden Verlassenschaften Collateralgebühren zu entrichten sind, muß diese der Erbe von den Vermächtnissen auch übernehmen, oder fallen sie den Legataren zur Last?

Zu 1) Bei der Berechnung ist auf die Zeit des Todes des Testirers zu sehen, §. 2. J. 2. 22., jedoch wird bei Legataren und Fideicommissaren der Werth der in der Zwischenzeit bis zur Entrichtung des den Onerirten auferlegten Vermächtnisses gezogenen Früchte und Nutzungen in Anschlag gebracht*), desgleichen Alles, was die Belästigten durch eigene Schuld nicht bekommen oder verloren haben; l. 114. §. 3. D. de legat. I. — l. 70. §. 1. u. 2. D. de leg. II. — l. 24. §. 14. D. 40. 5., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 884 S. 272. not. 1. Die Grundsätze der Berechnung, um das Verhältniß zwischen dem Vermögen und den Lasten der Erbschaft festzustellen, insbesondere wegen des Anschlags jährlicher Reichnisse und solcher, deren Betrag von der Lebensdauer abhängt, l. 3. §. 2. l. 68. pr. D. 35. 2., der bedingten und betagten Legate, l. 45. pr. l. 73. §. 4. l. 66. pr. l. 88. pr. D. eod., des legat. debiti, l. 1. §. 10. l. 5. l. 81. §. 1. D. eod. — l. 1. §. 13. D. 33. 4., s. Schweppe a. a. O. §. 907., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 526. (221.)

Zu 2) Wenn der Erben mehrere sind, so müssen sie nothwendig alle als onerirt angesehen werden, und zwar in der Regel nach Verhältniß ihrer Erbportionen; l. 17. D. 45. 2. — l. 33. pr. D. de legat. II. Thibaut System §. 898. (Ed. 8.), Puchta Pand. §. 524.

---

*) Anders ist die Berechnung beim Abzug der falcidischen Quart; denn da können zum inventirten und taxirten Stammvermögen nur die zur Todeszeit reifen und fälligen Früchte oder Einkünfte gerechnet werden, l. 9. pr D. 35. 2. — und die von bedingten und betagten Legaten bis zur Zahlungszeit anfallenden Nutzungen, l. 1. §. 12. 16. l. 45. pr. D. 35. 2.

Ueber die Modificationen dieser Regel s. oben §. 188. zu Nr. 1 a.

Daß Jemand als honorirt gelten könne, dazu ist nicht grade dessen ausdrückliche Namhaftmachung immer nöthig. Es kommt nur darauf an, ob durch Schlußfolgerung die Absicht des Testators erkannt werden kann; l. 25. l. 29. l. 30. D. 34. 5. — l. 33. §. 1. D. 35. 1. — Nicht entgegen ist l. 77. D. de legat. II. (31.), wo eben eine andere Willensmeinung bei genauer Erwägung ganz so klar, wie in l. 74. pr. D. 36. 1. umgekehrt die Honorirung hervortritt; s. Ackermann Rechtsf. H. 1. S. 171.

Zu 3) Die nähere Erörterung hierüber s. den folgenden §. 198. vom Wegfall des Vermächtnisses und vom Accrescenzrecht.

Zu 4) Wenn der Gegenstand des Legats untheilbar ist; l. 11. §. 23. u. 24. D. de leg. III. — l. ult. D. 33. 3. — l. 80. §. 1. D. 35. 2., oder wenn das Vermächtniß Mehreren alternativ auferlegt ist, denn da hat der Legatar die Wahl, von welchem er das Vermächtniß (und natürlich das Ganze) fordern will, l. 8. §. 1. D. de leg. I. — l. 25. pr. D. de leg. III. — l. 9. pr. D. 45. 2, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 521. Anm. 3. a. E., Ribbentrop z. Lehre v. d. Correalobligation §. 18., oder endlich, wenn der Testirer ausdrücklich eine solidarische Verbindlichkeit festgesetzt hat. Ob die l. 9. pr. D. 45. 2 in diesem Sinn zu nehmen, oder auch von der alternativen Onerirung zu verstehen sey, wie v. Vangerow a. a. O. u. Schweppe röm Privatr. Bd. V. §. 884. S. 273. not. 5. mit Cujac. annehmen, ist zweifelhaft. — Vergl. jedoch rücksichtlich des Pfandrechts der Legatare §. 194. zu Nr. 5.

Zu 5) Unstreitig kann der Pupillarsubstitut wirksam onerirt werden, wenn der Vater den Pupillen zum Erben eingesetzt hat; Mühlenbruch in Glück Thl. XL. S. 397. behauptet dies in solcher Ausdehnung, daß der Substitut auch dann die Vermächtnisse, mit denen er onerirt ist, prästiren müsse, wenn er gleich im väterlichen Nachlaß keine Deckung dafür fände; v. Vangerow a. a. O. §. 521. u. 535. deducirt dagegen, daß diese Meinung nur durch eine irrige Interpretation der l. 11. §. 5. D. 35. 2. entstanden, und vielmehr anzunehmen sey, daß nur die väterliche Erbschaft, und diese nur, soweit sie im Augenblick des Todes des Erblassers nach Abzug der falcidischen Quart reicht, wirksam onerirt werden könne; l. 11. §. 5—7. l. 79. l. 80. l. 87. §. 7. D. 35. 2. — l. 1. §. 3. D. 35. 3., vergl. oben Kap. X. §. 188. zu Nr. 1.

Zu 6) Die erste Frage (a) ist nach l. 39. D. 12. 6. — l. 3.

§. 3. und 10. D. 35. 3. zu bejahen; die zweite (b) gleichfalls — jedoch nur unter Voraussetzung einer eingetretenen Veränderung der Umstände, welche die zuerst geleistete Sicherheit zweifelhaft machen; l. 4. D. 36. 4., Voet Comm. ad Pand. Lib. 36. tit. 4. §. 13., Knipschild de fideicom. fam. cap. 12. no. 41., Kapff werktw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 90.; die dritte Frage (c) ist zu verneinen, denn wenngleich in den Gesetzen die Enkel unter der Bezeichnung der filii häufig mitbegriffen werden (l. 84. l. 201. l. 220. D. 50. 16. — l. 59. D. 28. 2. — l. 41. §. 5. D. de leg. III.), daher Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXXVI. tit. 4. §. 2., Vinnius Sel. quaest. Lib. II. c. 29. sie auch in diesem Fall darunter mitverstanden wissen will, so wird doch dem Ausdruck filii et filiae in mehreren Stellen eine eingeschränktere Bedeutung gegeben, als dem Wort liberi, l. 6. D. 26. 2. — l. 220. pr. D. 50. 16. — §. ult. J. 1. 14., und es steht einer Ausdehnung hier besonders die l. 6. C. 6. 49. in ihren Schlußworten entgegen: admonemus ea, quae de satisdatione diximus, non ulterius. quam in his personis et casibus, quorum superius mentio facta est, oportere produci; s. Kapff a. a. O., G. L., Boehmer de liberis fideicom. oneratis §. 21., Knipschild l. c. cap. 12. no. 41.

Zu 7) Da zufällige Vermehrungen ebensowenig als Verminderungen berücksichtiget werden sollen, §. 2. J. 2. 22. — l. 30. l. 37. l. 56. pr. l. 73. pr. D. 35. 2., so bleibt es demungeachtet beim Abzug der Quart, wenn nur durch diesen zufälligen Gewinn das plus der gesetzlich zulässigen Belastung aufgehoben würde; s. Höpfner Instit. §. 598. S. 674.

Zu 7 a) Der mit einem bedingten oder betagten Fideicommisse Belastete hat die Rechte des Erben, soweit sie mit der Restitutionspflicht verträglich sind. Er ist bis zur Restitution Eigenthümer aller Erbschaftssachen, verfolgt wirksam die Ansprüche des Erblassers an Dritte, schließt eben so Verträge über erbschaftliche Rechtsverhältnisse, und liberirt die Schuldner; l. 65. pr. D. 36. 1. — l. 4. C. 6. 54. — l. 22. D. 13. 5. — l. 21. pr. D. 46. 1. — l. 104. D. 46. 3. Nur Veräußerungen, die er vornimmt, sind bei einem unbedingten Fideicommiß von Anfang an ungiltig, bei einem bedingten werden sie es durch Eintritt der Bedingung; l. 3. §. 2. 3. C. 6. 43. — l. 54. D. 36. 1. — Nov. 108. c. 1. Es kann ihm daher, obgleich die Restitution der Erbschaft nach seinem, des Fiduciars Tod erfolgen soll, nicht versagt werden, daß er alsbald nach des Testirers Tod auf Veräußerung der Erbschafts-Immobilien, um seine quarta zu erhalten, dringt, denn im Zweifel wird angenommen, daß alle Zeitbestimmun-

gen zu Gunsten des Verpflichteten beigefügt seyen; l. 70. l. 98. §. 4. D. 46. 3. — l. 41. §. 1. D. 45. 1. — l. 17. D. 50. 17. — l. 12. C. 6. 42., s. Mittheilungen des Voigtl. jur. Vereins 1837. S. 57. Eben so wenig kann auch den Gläubigern des Fiduciars, welche in sein Recht eintreten, die Hilfsvollstreckung in die Erbschaftsgüter, soweit als das Abzugsrecht des Fiduciars reicht, versagt werden; s. Erk. d. O.-A.-Ger. in Dresden im Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1852. S. 22.

Zu 7 b) Der Abzug der trebellianischen Quart kann nur bei bedingten oder von Zeitbestimmungen abhängigen Fideicommissen angenommen werden. Mit Recht wohl sagt Cujac. Obs. VIII. 3. von C. 16. 18. X. 3. 26. ex falso juris intellectu processerunt, neque ad consequentia sunt trahenda, s. Erkenntn. d. O.-A.-Ger. in Dresden in Emminghaus Corp. jur. Germ. pag. 853. Auch findet der Abzug der falcidischen Quart neben dem Pflichttheil bei Vermächtnissen und Singularfideicommissen nicht statt; s. Emminghaus a. a. O.

Zu 7 c) Für das Erstere hat das eben angeführte Präjudiz, s. Emminghaus a. a. O. entschieden, es scheint aber richtiger, daß die Quart vom ganzen vollen Erbtheil zu gewähren sey; c. 16. 18. X. de testam. (3. 26.), Reinhard arithmet. Handbuch für Rechtsgelehrte ed. Treitschke 1845. S. 101., Stryck Succ. ab int. Diss. VII. c. 1. §. 29., G. L. Boehmer Exerc. 6. I. ex. 1., Polack math. for. l. 2. 2. §. 35., Kind quaest. for. T. I. pag. 50.

Zu 8) Man kann diese früher in Zweifel gezogene Frage dahin als entschieden ansehen, daß er den Theil des Prälegats, welchen er sich selbst auszahlen muß, aber nicht denjenigen, welchen er von seinem Miterben erhält, auf die falcidische Quart sich anrechnen lassen muß; l. 74. l. 91. D. 35. 2. Ueber die Frage, was auf die trebellianische Quart angerechnet werden kann, vergl. Puchta Pand. §. 546. a. E. Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 758., Höpfner Instit. §. 614. not. 1., v. Lindelof im civilist. Archiv Bd. IV. no. 30.

Zu 9) Breuning Diss. an quarta Falc. locum habeat in praeleg. dote und Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1512. behauptet es; dagegen erinnert Weber in Höpfner Instit. §. 599. not. 1., daß der Erbe das im Testament enthaltene Zugeständniß des Erblassers anerkennen müsse, womit auch Thibaut System §. 917. übereinstimmt.

Zu 10) Als Princip kann man annehmen: so oft ein Erbe mehrere Quoten unmittelbar nach dem Willen des Testaments auf eigenen Namen erwirbt, und so oft er von mehreren Portionen auf

eigenen Namen Legate schuldet, werden sämmtliche Antheile vollständig vereinigt. Wo dagegen eine Quote nur aus einem vermittelnden Grunde erworben wird, oder wo sämmtliche Legate davon durch das Eintreten an die Stelle eines andern ursprünglich Onerirten geschuldet werden, da findet eine Trennung beider Portionen statt, jedoch mit den durch die Billigkeit gebotenen Ausnahmen, daß mit dem Ueberschuß der neu erworbenen Quote bisweilen der Ausfall der eigenen gedeckt wird, bisweilen sogar eine vollständige Vereinigung Platz greift.

Aus dem angegebenen Princip folgt:

a) Mehrere Quoten der Erbschaft, auf welche Jemand unbedingt oder bedingt instituirt oder substituirt ist, werden schlechthin vereinigt, so daß es eben so gut ist, als ob er nur einmal eingesetzt wäre, aber auf eine Portion von der Größe, welche sich ergibt, wenn man die mehreren getheilten Portionen zusammenrechnet. Dasselbe muß bei der Vulgarsubstitution eines Miterben gelten, denn sie ist ja auch nur eine eigenthümlich bedingte Institution. Die durch sie in Einer Person vereinigten Portionen müssen daher ebenfalls zusammengeworfen und die Quart von ihnen gemeinschaftlich berechnet werden.

Nur die dem wegfallenden Erben namentlich aufgelegten Legate, welche der Testator bei der Substitution nicht selbst wiederholte, machen nach der Meinung Einiger (s. jedoch dagegen **Arndts** im Rechtslex. Bd. VI. S. 317.) eine Ausnahme. Diese Legate werden, im Fall die Substitutionsportion über die Quart beschwert ist, demselben Abzug unterworfen, welchen sie erlitten haben würden, wenn der ursprünglich Belastete angetreten hätte, und das zur Quart des Ganzen alsdann noch Fehlende wird durch gemeinschaftliche Berechnung von den übrigen Legaten gedeckt.

b) Werden durch Pupillarsubstitution mehrere Portionen in Einer Person vereinigt — was entweder dadurch, daß ein Miterbe des Pupillen diesem pupillarisch substituirt wird, oder daß dieselbe Person mehreren im väterlichen Testament eingesetzten Pupillen zum Erben bestimmt ist,*) geschehen kann — so ge-

*) Wenn hingegen einem enterbten Pupillen ein Erbe seines Vaters substituirt und von diesem Erben und Pupillarsubstituten im väterlichen oder im Pupillartestamente Vermächtnisse hinterlassen sind, so handelt es sich, da der Vater das eigene Vermögen des enterbten Pupillen nicht belasten darf,

Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXXVI. tit. 1. §. 10., Malblanc Doctr. de jurejurando Lib. III. §. 49., und dieser Eid muß entweder geleistet oder recusirt, er darf nicht zurückgeschoben werden, denn das Gesetz spricht ausdrücklich blos von Annahme oder Recusation; Schweppe a. a. O. Es kann indessen auch der Fall seyn, daß ein Erblasser in seinem Testament das Bekenntniß eines ihm mündlich auferlegten Fideicommisses niederlegt, und dann macht gewiß das Geständniß jeden Beweis überflüssig. Confessio testatoris in testamento de fideicommisso sibi praesenti injuncto plene probat, s. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 144. Ebenso in folgendem Fall: der Honorirte forderte von den Erben des Onerirten das diesem vom Erblasser aufgetragene Fideicommiß. Der Onerirte hatte auch noch bei seinen Lebzeiten freiwillig in einem instrumentum publicum ein wohlüberlegtes und erschöpfendes Geständniß über die letztwillige Disposition seines Erblassers abgelegt, und sogar gerade zu dem Zweck, damit der Honorirte sein Recht auf Erfüllung jener Disposition nach seinem Tode gegen seine Erben begründen könne, indem er den dazu adhibirten Notar angewiesen hat, künftig dem Betheiligten Ausfertigung des Protocolls zu ertheilen. Durch Erk. d. O.=A.=G. in Lübeck wurde auch hier das Geständniß des Onerirten für genügend erkannt; s. Seuffert's Archiv Bd. V. S. 43. Ueber Fideicommisse ex lege fin. C. 6. 42. und deren Anwendung auf Kinder (infantes), welche zu Erben eingesetzt sind, s. Bolley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien S. 358.

Zu 4) Unbestimmte Empfehlungen ziehen keine positivrechtliche Verpflichtung nach sich; l. 78. §. 8. D. 36. 1. Wenn gleichwohl Leyser Sp. 377. Med. 8. aus Billigkeit dem Mädchen, welches von der Erblasserin auferzogen worden war, und ihr unentgeltlich gedient hatte, auf den Grund einer solchen Empfehlung hin, eine Summe ex aequo et bono zuerkennen zu dürfen glaubte, so möchte sich dies stricto jure nicht rechtfertigen, und ein Oralfideicommiß so wenig als ein Erbvertrag sich annehmen lassen.

Fideicommisse werden wohl auch verbis precativis errichtet,*) l. 11. §. 7. D. de legat. III., v. Gönner u. Schmidtlein Jahrbücher d. Gesetzg. und Rechtspflege in Baiern Bd. I. S. 377., aber eine so unbestimmte Aeußerung wird keine sichere Grundlage für den erkennenden Richter darbieten; vergl. Archiv f. d. Civil= u. Criminalr. d. Königl. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XII. Abth. 1. S. 179.,

*) Vergl. den im Kap. XI. Fr. 16. vom Universal=Vermächtniß angeführten Fall.

Bd. XIII. Abth. 2. S. 45., **Watermaier** d. Oralfideicommiß u. dessen Verh. zu Erbvertr. in einem v. Oberger. d. fr. Stadt Bremen u. am O.=A.=G. zu Lübeck verhand. Rechtsstr., dargest. mit den Urtheilen 2c. der erwähnten Gerichte gr. 8. (Bremen 1838).

---

§. 193.

6. Von den Subjecten bei Legaten.

Dig. XLIII. 3. quod legatorum Cod. VIII. 3. quorum legatorum.

a) Rechte und Verbindlichkeiten des Onerirten.

1) Da Niemand mehr belastet werden kann, als er durch die Freigebigkeit des Erblassers — nämlich außer rechtlicher Nothwendigkeit — erhält,*) so fragt sich, nach welchem Zeitpunkt der Werth des Empfangenen**) zu berechnen ist?

---

*) Inwiefern der Vater mit einem Vermächtniß onerirt werden kann, wenn sein Hauskind zum Erben eingesetzt ist; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 521. Anm. 1.

**) Nicht allein dessen, was er als Erbe durch die letztwillige Disposition des Erblassers erhält, sondern auch, was ihm dieser im Voraus auf Rechnung seines künftigen Erbes gegeben hat; Thibaut System §. 918. (Ed. 8.) — l 56. §. 5. D. 35. 2. Die gesetzliche Beschränkung, daß niemand mehr onerirt werden darf, als er honorirt ist (l. 114. §. 3. l. 122. §. 2. D. de legat. I. — l. 70. §. 1. D. de legat. II. — §. 1. J. 2. 24.), kann der Belastete so lange geltend machen, als er nicht ausdrücklich auf sie verzichtet hat; l. 46. D. 35. 2. — l. ult. C. 6. 50. — l. 20. §. 1. D. 39. 5. Es schadet ihm daher nicht, daß er sich bei dem seiner Zeit gehörig publicirten Testamente des Fideicommittenten beruhigt, und ebenso auch die darin gewährten Vortheile genossen hat; s. Erk. d. O.=A.=G. in Lübeck in der Hamburger Samml. Bd. I. H. 4. S. 798.

Der Erbe muß übrigens, wenn er aus einem Testament die Erbschaft angetreten hat, auch die über sein eigenes Vermögen getroffenen Verfügungen des Erblassers anerkennen; Leyser Sp. 380. med. 6. 7. Der abweichenden Meinung bei Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 541., Beseler Erbvertr. Bd. II. S. 355. steht entgegen: 1) daß zu unterscheiden ist zwischen einfacher Erbschaftsantretung, und ausdrücklicher Anerkennung des Testaments: jene kann, sobald nur nicht ein test. correspectivum oder eigentlicher Erbvertrag in Frage ist, der Erbe auch cum protestatione vornehmen, dagegen bei deren Unterbleiben l. 69. D. 50. 17. — l. 41. D. 4. 4. — l. 16. §. 1. C. 6. 23. eintreten. Das eigenthümliche Vorurtheil der Römer gegen Erbverträge verliert in einem solchen Falle seine Bedeutung, weil der Erbe den Willen des Erblassers erfüllte, dem er Dankbarkeit und Pietät schuldig ist; s. Emminghaus Sächs. Pandecten S. 645. no. 21.

2) Wer ist als onerirt zu betrachten, wenn der Erben mehrere sind, und der Erblasser sich nicht deutlich darüber erklärt hat?
3) Wenn ein Onerirter wegfällt, geht dann die Belastung desselben auf seinen Nachfolger über?
4) Inwiefern haften mehrere Onerirte solidarisch?
5) Inwieweit kann auch ein Pupillarsubstitut onerirt werden?
6) Kann die Caution, welche der Onerirte vom Legatar oder Fideicommissar der Restitution halber für solche Fälle, in welchen ein rechtlicher Grund eintritt, verlangen kann, auch dann noch von demselben gefordert werden, wenn
   a) der Onerirte das Vermächtniß bereits entrichtet hat? oder
   b) auch, wenn in einem von dem Fideicommißerben mit dem Fiduciarerben geschlossenen Vergleich von Letzterem eine Generalhypothek constituirt war, welche Ersterer in der Folge nicht mehr sicher genug findet?
   c) Da übrigens nach l. 6. C. 6. 49. Söhne von der Cautionsleistung für ein auf sie constituirtes Fideicommiß befreit sind, so fragt sich, ob dies auf fiduciarische Enkel auszudehnen sey?
7) Eines der wichtigsten Rechte des Onerirten ist, daß die Beschwerde der testamentarischen oder Intestaterbschaft durch Vermächtnisse oder Fideicommisse sich nicht über $^3/_4$ des Erbschaftsvermögens erstrecken darf, sondern jedem Erben von seiner Portion $^1/_4$ frei bleiben muß, §. 1. J. 2. 22. — l. 77. D. 35. 2. — wofern nicht der Testirer dem Erben den Abzug einer Quart (bei Legaten die falcidische, bei Fideicommissen die trebellianische genannt), welche er, vorausgesetzt, daß er gehörig inventirt hat, für sich hinwegzunehmen durch das Gesetz berechtigt ist, ausdrücklich*) verboten hat.**)

---

*) Nach Sächsischen Rechten ist auch eine stillschweigende Untersagung hinreichend; s. d. Hartitzsch Entscheidungen no. 181. bezüglich der 43sten Decision v. J. 1661. Doch sollen die Handlungen und Ausdrücke einer sehr strengen Prüfung unterworfen werden; s. Gottschalk Diss. for. T. I. Cap. X. pag. 113.

**) was Justinian in der Nov. 1. c. 2. §. 2. mit auffallender Inconsequenz und gegen die wahre Natur des ursprünglich prohibitiven Gesetzes ihm gestattete. Man nimmt sogar ein stillschweigendes Verbot des Abzugs der qu. Falc. an, z. B. wenn der Testator die Veräußerung der Sache verboten hat; s. Thibaut System §. 917. (Ed. 8.), Braun Erörter. §. 766., Schweppe Bd. V.

In Ansehung der Berechnung des Vermögens entscheidet der Zeitpunkt des Todes des Erblassers. Was ist nun die Folge, wenn ein im Nachlaß befindliches Lotterieloos nachher einen bedeutenden Gewinn gemacht hat?

7[a]) Wie weit gehen die Dispositionsbefugnisse des zur trebellianischen Quart berechtigten Fiduciarerben?

7[b]) Können Descendenten noch neben dem Pflichttheil auch die trebellianische Quart in Abzug bringen?

7[c]) Ist da, wo die qu. Trebell. neben dem Pflichttheil abgezogen werden darf, die erstere nur von der nach Abzug des Pflichttheils noch übrigen Masse, oder vom ganzen vollen Erbtheil abzuziehen?

8) Muß der Erbe, welchem neben seinem Erbtheil ein Prälegat ausgesetzt ist, dieses auf seine Quart sich anrechnen lassen?

9) Nach den Gesetzen ist das legatum debiti und der zurückvermachte Brautschatz dem Abzug der falcidischen Quart insofern unstreitig unterworfen, als es sich von dem Vortheil der früheren Zahlung handelt. Darf aber auch der Erbe hier in Anrechnung bringen, was diese Vermächtnisse der Quantität nach mehr in sich begreifen, als der Testator wirklich schuldig war?

10) Die gesetzliche Vorschrift, daß jeder Erbe sein 1/4 frei haben muß, führt, wenn mehrere Erbschaftsportionen in Einer Person zusammenkommen, bei Berechnung der Quart auf einen bedeutenden Unterschied, je nachdem die Portionen zusammengeworfen oder getrennt behandelt werden.

Man setze den Fall: einem der Instituirten fällt der Antheil eines Miterben dadurch zu, daß er ihm vulgariter substituirt ist. — Nun ist er selbst auf 2000 Fl. eingesetzt,

---

§. 110., Heimbach in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 369. Zum Abzug der Quart ist übrigens da, wo sie stattfindet, nur der Erbe, gleichviel ob testamentarischer oder Intestaterbe, nicht aber ein mit Vermächtnissen beschwerter Legatar oder Fideicommissar für seine Person berechtigt; s. l. 32. §. 4. D. 35. 2. und die Note 26. hierzu in der deutsch. Uebers. l. 47. §. 1. D. eod. Die verschiedenen Gründe, aus welchen der Abzug der falcidischen Quart wegfallen kann, stellt vollständig zusammen v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 538. In vielen Gesetzgebungen der mittleren und neueren Zeit ist sowohl die falcidische als trebellianische Quart aufgehoben. — Eine Verbindlichkeit des Erben, sich bei Berechnung der falcidischen Quart Verzugszinsen anrechnen zu lassen, kann nicht angenommen werden; s. Elvers Themis Bd. I. S. 541., Thibaut im civilist. Archiv Bd. IX. no. 6.

aber mit ebensoviel Legaten belastet, dagegen einem auch auf 2000 Fl. eingesetzten Miterben vulgariter substituirt. Werden nun die Erbportionen getrennt behandelt, so kann er den auf ihn mit 2000 Fl. angewiesenen Legataren $^1/_4$ mit 500 Fl. abziehen, nicht aber, wenn die Erbportionen zusammengeworfen werden, denn aus 4000 Fl. bleibt ihm ja selbst nach Abzug der Legate noch hinlänglicher Ueberschuß. Zwischen dem Getrenntseyn und der Vereinigung liegt aber auch noch ein Medium, nämlich: Einrechnung des Ueberschusses der einen Portion in die andere. Gesetzt, die erste Portion betrüge 400, von ihr sind aber 280 dem T. legirt, die zweite betrüge auch 400, und auf ihr lastet ein anderes Legat für S. von 350. Beim gänzlichen Getrenntseyn würde T. seine 280 und S. nur 300 erhalten, dem Erben blieben hiernach 220. Beim gänzlichen Zusammenwerfen zieht der Erbe von den sämmtlichen 630 betragenden Legaten die 30, welche über die gemeinsame Quart der beiden 800 betragenden Erbportionen legirt sind, beiden Legataren im Verhältniß von 4 zu 5 ab, wodurch dem T. $13^1/_3$, dem S. $16^2/_3$ gekürzt werden, und dem Erben bleiben 200. Von den Legataren aber hat T. verloren, während S. gewann. Was ist nun in den auf mancherlei Weise möglichen Fällen des Zusammentreffens mehrerer Portionen in Einer Person zu statuiren?

11) Sind die legata ad pias causas vom Abzug der Quart befreit?

12) Wenn von diesen und jenen Legaten die Quart nicht abgezogen werden darf, sind diese dann ebenso wie Schulden vorweg abzuziehen? z. B. der Testator hat 800 Fl. Vermögen hinterlassen, wovon er 600 Fl. ad pias causas und 200 Fl. einem Privaten vermacht hat. Muß sich nun Letzterer 50 Fl. von seinem Legat abziehen lassen, oder kann der Erbe in der Art rechnen, daß er sagt: Von 800 Fl. Erbschaft müssen mir 200 Fl. als Quart frei bleiben; da ich nun der pia causa nichts abziehen darf, so muß das andere Legat ganz hinwegfallen?

13) Welche culpa hat der Erbe dem Legatar zu prästiren?

14) Inwiefern kann er verbunden werden, für die Eviction ein-

zustehen, oder auch die legirte Sache von den darauf haftenden Realansprüchen frei zu machen?

15) In welchen Fällen muß der Erbe dem Legatar den Werth der vermachten Sache, welche dieser nicht in natura erhalten kann, prästiren?

16) Was für Rechtsmittel hat der Onerirte wegen der an den Legatar für etwaige Impensen-Auslagen ꝛc. ihm zustehenden Ansprüche?

17) Wenn in einem Land von den an extraneos fallenden Verlassenschaften Collateralgebühren zu entrichten sind, muß diese der Erbe von den Vermächtnissen auch übernehmen, oder fallen sie den Legataren zur Last?

Zu 1) Bei der Berechnung ist auf die Zeit des Todes des Testirers zu sehen, §. 2. J. 2. 22., jedoch wird bei Legataren und Fideicommissaren der Werth der in der Zwischenzeit bis zur Entrichtung des den Onerirten auferlegten Vermächtnisses gezogenen Früchte und Nutzungen in Anschlag gebracht*), desgleichen Alles, was die Belästigten durch eigene Schuld nicht bekommen oder verloren haben; l. 114. §. 3. D. de legat. I. — l. 70. §. 1. u. 2. D. de leg. II. — l. 24. §. 14. D. 40. 5., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 884 S. 272. not. 1. Die Grundsätze der Berechnung, um das Verhältniß zwischen dem Vermögen und den Lasten der Erbschaft festzustellen, insbesondere wegen des Anschlags jährlicher Reichnisse und solcher, deren Betrag von der Lebensdauer abhängt, l. 3. §. 2. l. 68. pr. D. 35. 2., der bedingten und betagten Legate, l. 45. pr. l. 73. §. 4. l. 66. pr. l. 88. pr. D. eod., des legat. debiti, l. 1. §. 10. l. 5. l. 81. §. 1. D. eod. — l. 1. §. 13. D. 33. 4., s. Schweppe a. a. O. §. 907., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 526. (221.)

Zu 2) Wenn der Erben mehrere sind, so müssen sie nothwendig alle als onerirt angesehen werden, und zwar in der Regel nach Verhältniß ihrer Erbportionen; l. 17. D. 45. 2. — l. 33. pr. D. de legat. II. Thibaut System §. 898. (Ed. 8.), Puchta Pand. §. 524.

---

*) Anders ist die Berechnung beim Abzug der falcidischen Quart; denn da können zum inventirten und taxirten Stammvermögen nur die zur Todeszeit reifen und fälligen Früchte oder Einkünfte gerechnet werden, l. 9. pr D. 35. 2. — und die von bedingten und betagten Legaten bis zur Zahlungszeit anfallenden Nutzungen, l. 1. §. 12. 16. l. 45. pr. D. 35. 2.

von welcher gesagt werden muß: onera sequuntur commoda; l. 10. D. 50. 17. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Abth. 1. no. 212.

---

§. 194.

b) Rechte und Rechtsmittel des Honorirten.

Legataren und Fideicommissaren hat bekanntlich Justinian nicht nur eine actio personalis, sondern auch eine in rem actio und actio hypothecaria gegeben; l. 1. l. 2. l. 3. §. 2. C. 6. 43. Daß aber nach Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 299. die in rem actio gegen jeden Besitzer der vermachten Sache erhoben werden könne, auch wenn dieselbe dem Erblasser gar nicht gehörte, sondern dem Erben, oder einer anderen Person, bestreiten als principienwidrig Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 309. und v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 531. mit Beziehung auf die ausdrücklichen Hindeutungen der l. 1. C. 6. 43. auf die *res testatoris*.

Sind Einem mehrere Legate vermacht, so kann er zwar eines annehmen, und das andere ausschlagen, wenn dies nicht offenbar dem Willen des Erblassers zuwider ist, wie z. B. wenn der Legatar gerade nur die unbeschwerten Vermächtnisse annehmen, die beschwerten aber ablehnen wollte, l. 5. D. de legat. II. (31.); aber dasselbe Vermächtniß kann er nicht zum Theil annehmen, l. 4. 6. 23. 58. D. eod. Dagegen können mehrere Erben desselben Legatars, welcher ohne erklärte Annahme oder Ablehnung post diem legati cedentem gestorben ist, ein jeder unabhängig von dem andern ihren Antheil annehmen oder ablehnen; l. 38. pr. D. de legat. I. (30.) —

Grundbedingung der Rechte eines Legatars ist übrigens, daß der Legatar zur Zeit der Errichtung und des Anfalls des Legats die Fähigkeit besitze, etwas aus letztem Willen zu erwerben. Diese vorausgesetzt ist noch in Erwägung zu ziehen:

1) Wenn zweien alternativ vermacht ist: illi aut illi dari volo, wem gebührt dann das Vermächtniß?
2) Wenn der Testirer die Honorirten nicht namentlich, sondern mit einer Collectivbezeichnung aufgeführt hat, sind dann diejenigen, welche zur Zeit der Testamentserrichtung oder die zur Zeit des Anfalls dazu gehören, als berechtigt anzusehen?

3) Was gilt, wenn Mehreren dieselbe Sache vermacht ist?
4) Wenn Jemandem etwas unbestimmt in der Mehrzahl legirt ist, wie viel Stücke muß dann der Erbe prästiren?
5) Das Legat wird mit dem Tod des Testirers (dies cedens), oder wenn es bedingt ist, mit dem Eintritt der Bedingung erworben,*) wenngleich die Anstellung einer Klage gegen den Erben entweder act. personalis ex testamento, oder (wegen des stillschweigenden Pfandrechts der Legatare) die act. hypothecaria, welche jedoch nur electiv concurriren, vorerst die Erbschaftsantretung von Seite des Erben (dies veniens) voraussetzt. Geht nun, wenn mehrere Onerirte sind, die hypothekarische Klage gegen Jeden auf das Ganze?
6) In welchen Fällen hat der Legatar auch gegen dritte Besitzer ein Klagrecht?
7) In Ansehung der cautio legatorum servandorum, welche der Erbe entrichten muß, wenn das Legat wegen einer Bedingung, deren Erfüllung nicht selbst in der Macht des Honorirten steht, eines Termins oder sonstigen Hindernisses nicht sofort entrichtet werden kann, l. 1. §. 6—8. D. 36. 3., fragt sich:
   a) ob der Legatar sie auch dann fordern könne, wenn das Legat streitig ist?
   b) ob sie, wenn sie vom Testirer erlassen oder sogar verboten ist, nicht wenigstens dann gefordert werden kann, wenn der Erbe in Vermögensabfall geräth?
   c) welche besondere persönliche Verhältnisse von der Cautionsleistung befreien?

Zu 1) Nach l. 4. C. 6. 38. ist dann das Legat unter Beiden gleich zu theilen, folglich die alternative wie eine copulative Honorirung zu behandeln.

Zu 2) Die nicht allein zur Zeit der Testamentserrichtung, sondern auch zur Zeit des Anfalls unter der Collectivbenennung zu begreifenden Personen werden darunter verstanden; l. 19. pr. D. 34. 5., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. §. 885. Nur solche dürfen nicht

---

*) [Roßhirt Lehre v. d. Vermächtnissen I. S. 474 ff., Sintenis Civilr. III. §. 213. Anm. 1. Dagegen s. Köppen in v. Gerber's Jahrbuch V. S. 125 ff. 213.]

darunter begriffen werden, von welchen der Testirer bei Errichtung des Testaments geglaubt hat, daß sie nicht mehr am Leben seyen; l. 16. §. 3. 4. D. 26. 2. — l. 25. pr. D. 28. 2.

Zu 3) Wenn die nämliche Sache Mehreren vermacht ist, so könnte die Entscheidung entweder dahin gehen, daß der Eine die Sache, der Andere den Werth erhalte, oder dahin, daß sie sich in die Sache zu theilen haben, oder man könnte die frühere Disposition durch die spätere als aufgehoben betrachten. Nach dem älteren R. R. kam es hierbei auf die verschiedenen Arten der Legate an, aber nach l. 33. D. de leg. I. — l. un. §. 11. C. 6. 51. haben sich Beide in die Sache zu theilen, wenn sich nicht die Absicht des Testirers für eine andere Auslegung nachweisen läßt; Schweppe a. a. O. §. 885.

Zu 4) Der Legatar muß sich, wenn nicht eine größere Zahl erhellt, mit zwei Stücken begnügen; arg. l. 12. D. 22. 5. — l. 1. D. 33. 5. — l. 40. §. 3. D. 50. 16., Schweppe a. a. O. §. 897.

Zu 5) In der Regel kann sich Jeder durch Entrichtung seines Antheils von dem Anspruch des Legatars frei machen, so lange er noch nicht verklagt ist. Wie aber, wenn es schon zur Anstellung der hypothekarischen Klage gekommen ist?

Da der Anspruch des Legatars an die Erben in der Regel nur pro rata hereditaria gilt, l. 54. §. 3. l. 124. D. de leg. I. — sagt die gemeine Meinung — so gilt auch das Pfandrecht ungeachtet seiner sonstigen Untheilbarkeit nicht weiter; in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit; l. 1. C. 6. 43., Voet Comm. ad Pand. tit. de legat. no. 41., Stryck de succ. ab intest. Diss. VII. c. 4. §. 26.*)

Von anderen Rechtslehrern wird jedoch diese Erklärung der l. cit. als mit dem Princip der Untheilbarkeit des Pfandrechts unvereinbarlich verworfen, und der Sinn vorstehender Gesetzesstelle, in quantum etc. im Zusammenhang mit den vorhergehenden Worten dahin ausgelegt: „insofern Jemand überhaupt mit der Testamentsklage belangt werden kann;“ s. v. Ende vermischte jurist. Ausführ. S. 77.

*) Gesterding in s. Ausbeute von Nachforschungen Th. III. S. 206. motivirt diese Ansicht vorzüglich damit, daß er sagt: Bei einem mehreren Miterben auferlegten Legat werden eigentlich mehrere Schulden, folglich auch mehrere Pfandrechte constituirt, mithin komme hier der Grundsatz von der Untheilbarkeit des Pfandrechts gar nicht in Berührung. Dem Legatar sey ein Pfandrecht nur ertheilt an denjenigen Gütern, welche an den mit dem Vermächtniß Beschwerten von dem Vermögen des Verstorbenen gelangt sind; l. 33. pr. D. de legat. II. (31.)

Becker D. de act. hyp. legatariis ex l. 1. C. 6. 43. contra coheredes competente non ipso jure divisa; Glück Thl. XIX. S. 176., wo die Gründe und Autoritäten für beide Meinungen umfänglich ausgeführt sind.

Zu 6) Es steht ihm die Vindication gegen den dritten Besitzer zu, wenn ihm eine specielle Sache legirt ist, l. 3. §. 2. C. 6. 43. — und ebenso die Realklage wegen eines ihm vermachten jus in re, l. 10. D. 33. 2. — vorausgesetzt, daß der Erbe das jus in re nicht erst bestellen soll; l. 3. pr. D. 7. 1. Wegen legirter Forderungen hat er act. utilem gegen den Schuldner.

Zu 7) Wenn das Vermächtniß nur auf Beweis beruht, so ist es übrigens

zu a) gleichgiltig, ob das Vermächtniß gewiß oder streitig ist, l. 3. pr. l. 5. §. 2. l. 14. §. 1. D. 36. 3., oder ob etwa mehrere an einem Vermächtniß Betheiligte sich unter einander dasselbe streitig machen; l. 16. D. 36. 3.

Zu b) Da es nach l. 12. D. 36. 3. in der freien Willkür des Erblassers steht, seinem Erben die Caution zu erlassen, so vermögen auch veränderte Umstände nicht, das Verbot des Testirers unwirksam zu machen; l. 18. pr. D. 36. 3. — l. 77. §. 3. D. 35. 1. — l. 2. C. 6. 54. Die Praxis moderirt jedoch diesen Satz, wenn es sich um Sicherung eines Fideicommisses handelt, dessen Restitution gewöhnlich in einen entfernten Zeitraum fällt und daher viele nicht voraussehbare Veränderungen eintreten können, rücksichtlich deren man Bedenken tragen muß, die Cautionserlassung des Testirers ad verosimiliter non cogitata zu erstrecken; s. unten Kap. XI. Fr. 13. vom Universalvermächtniß. Hat der Testator die Caution unter einer unerlaubten Bedingung erlassen, so ist es ebenso viel, als wenn er sie nicht erlassen hätte; l. 2. C. 6. 46., s. die deutsche Uebersetzung des Corp. jur. Bd. V. S. 1040. not. 123.

Zu c) Wenn den Eltern Vermächtnisse an die Kinder auferlegt sind, es sey denn, daß sie zur zweiten Ehe geschritten wären, l. 7. D. 36. 3. — l. 6. §. 1. C. 6. 49., oder ihnen vom Testator die Cautionsleistung ausdrücklich auferlegt ist, ibid. Gegen Schweppe, welcher, wie auch Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 515. die Cautionsbefreiung auch auf den Fall ausdehnt, wenn Geschwister einander aus dem Testament der Eltern etwas zu entrichten haben, ist zwar von Andern, namentlich Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 308. behauptet worden, daß dies aus der dafür angeführten l. 6. pr. §. 1. C. eod. wohl nicht bewiesen werden könne, indessen scheint

die l. cit. keinen gegründeten Zweifel übrig zu lassen.*) Unzweifelhaft ist der Fiscus von der Caution frei, l. 1. §. 18. D. 36. 3., und aus natürlichen Gründen auch das legatum liberationis; l. 1. §. 2. D. 36. 4.

---

§. 195.

7. Von den Gegenständen eines Vermächtnisses.

1) Inwiefern gilt das Vermächtniß einer fremden Sache? desgleichen
2) einer Sache, welche zwar nicht extra commercium omnium ist (denn da wäre das Legat entschieden ungiltig, wenn der Gegenstand auch in der Folge in commercium käme, cf. reg. Catoniana), aber doch nicht in commercio des Legatars ist? ferner
3) einer Sache, welche schon zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses sich im Eigenthum des Legatars selbst befunden hat?
4) Wenn eine verpfändete Sache vermacht ist, liegt dann dem Erben ob, dieselbe von dieser Haftung frei zu machen? oder auch
5) wenn der Pfandgläubiger sie verkauft hat, dem Legatar die Aestimation zu prästiren?
6) Was hat der Erbe zu prästiren, wenn die vermachte Sache beim Ableben des Testators zwar noch existirt, aber nicht in dem vollen Umfang, welchen der Testator meinte?
7) Welcher Zeitpunkt entscheidet bei einer Münzveränderung rücksichtlich ausgesetzter Geldvermächtnisse?

Zu 1) Man muß hier zuvörderst unterscheiden: entweder gehört die Sache dem Erben selbst; dann ist er zweifelsfrei zur Entrichtung

*) Sie sagt nämlich: quotiens pater vel mater filio seu filia, filiis vel filiabus ex aequis vel inaequis partibus institutis, invicem seu simpliciter quosdam ex his, aut quendam rogaverit, qui prior sine liberis decesserit, portionem hereditas suae superstiti seu superstitibus restituere — — et si pater vel mater filio seu filia institutis, sicut supra dictum est, heredibus, rogaverit eos, easve, nepotibus vel neptibus pronepotibus vel proneptibus suis ac deinceps restituere hereditatem — in his casibus fideic. serv. satisdationem cessare jubemus.

derselben an den Legatar verbunden, sobald er die Erbschaft angetreten hat, l. 67. §. 8. D. de legat II; oder: sie gehört einem Dritten. In diesem Falle haben Viele in dem Canonischen Recht cap. 5. X. de testam. ein Verbot des Vermächtnisses einer fremden Sache zu finden geglaubt, was jedoch nur auf Mißverstand beruhte; Höpfner Instit. §. 562. not. 3. Die gemeine Lehre unterscheidet daher, ob es

a) dem Testator bekannt war, daß die Sache einem Andern gehöre, oder

b) er dies nicht wußte.

Im ersten Fall, wenn sein Wissen erhellt, oder gar bewiesen wird, muß man die vernünftige Absicht des Testators dahin annehmen, daß der Erbe die Sache anschaffen solle; §. 4. J. 2. 20., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 887. Hat der Testator den Preis bestimmt, so hat auch der Dritte ein Recht, auf demselben zu bestehen; l. 32. §. 2. D. 40. 5. Hatte er nichts bestimmt, so ist der Erbe nach der Meinung Einiger auch der unmäßigsten Forderung des Dritten unterworfen, soweit ihm nur noch die falcidische Quart bleibt; s. Gottschalk D. de legato rei alienae Lips. 1800. Die Meisten aber halten dafür, daß dies über die muthmaßliche Absicht des Testators hinausginge, mithin der Erbe dem Legatar blos den Schätzungswerth zu präſtiren habe; l. 71. §. 3. D. de leg. I. (30.) — l. 14. §. 2. l. 30. §. 6. D. de leg. III. (32.)

Im zweiten Fall kann man nur einen Irrthum annehmen, welcher das Legat nichtig macht, quia errantis nulla voluntas est, doch lassen die Gesetze dahin eine Ausnahme zu, daß, wo die Absicht zu begünstigen außer Zweifel ist, der Irrthum im Gegenstand nicht schaden soll. Hierüber verordnet l. 10. C. 6. 37. ausnahmsweise: nisi proximae personae vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset, rem alienam esse. Arndts Pand. §. 569. No. 3.

Zu 2) Man findet häufig hierüber geradezu gesagt: der Erbe müsse desfalls dem Legatar die Aestimation präſtiren; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 543. (210.) no. 4., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 887., Höpfner Instit. §. 560., Püttmann Adversar. jur. Lib. I. cap. 3., Müller ad Leyser. Obs. 593. bezüglich l. 40. l. 114. §. 5. D. de leg. I. — l. 11. §. 10. D. de leg. III. Andere meinen, es käme darauf an, ob der Testator gewußt habe, daß der Legatar das commercium rei legatae nicht habe, oder nicht; s. Cujac. ad l. 34. D. 45. 1. — aber nach den gründlichen Forschungen von Glück D. ad fragm. Julii Pauli ex libro ejus V ad leg. Jul. et Pap. quod extat in l. 49. §. 2. D. de leg. II. Erl. 1817., welches der vorstehenden

Meinung geradezu entgegensteht, sind folgende Unterschiede zu beobachten:

a) Zuvörderst ist der Fall auszuscheiden, wenn der Testirer Jemandem eine fremde Sache, welche dieser nicht zu besitzen fähig ist, vermacht hat, denn dieser Fall steht unter der besonderen Regel des legatum rei alienae, und da kommt seine Fähigkeit oder Unfähigkeit, sie zu besitzen, nicht weiter in Betracht, weil da im Grunde doch nur die Aestimation als vermacht anzusehen ist; l. 40. D. de leg. I. — Hat aber

b) der Testator eine ihm eigenthümliche Sache vermacht, welche jedoch der Legatar zu besitzen nicht fähig ist, so muß man unterscheiden, ob das Hinderniß ein gesetzliches oder ein blos zufällig factisches ist. Im ersten Fall, wenn es dem Legatar eigentlich am commercium rei fehlt, z. B. wenn ich liegende Güter einem Juden vermacht, von deren Erwerb Juden durch die Landesgesetze ausgeschlossen sind, so gilt das Legat nach l. 49. §. 2. D. de leg. II. (31.) ebensowenig, als wenn eine Sache vermacht wird, welche extra commercium omnium ist; §. 4. J. 2. 20. — l. 39. §. 9. u. 10. D. de leg. I. (30.) — l. 14. C. 6. 37. Im zweiten Fall hingegen kann der Legatar allerdings die Aestimation fordern; l. 114. §. 5. D. de leg. l. Ist eine militia einem Freien vermacht, so entscheidet l. 49. §. 1. D. de leg. II. allgemein dafür, daß die aestimatio prästirt werden müsse; dabei ist es also gleichgiltig, ob sie in commercio des Legatars ist oder nicht, wogegen es natürlicher Weise ungiltig seyn muß, wenn der Testirer sie wissentlich einem Sclaven vermachte; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 525. not. 1., Puchta Pand. §. 528., Mackeldey Lehrb. §. 708., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 224. und in der neuesten Ausgabe auch Thibaut System §. 901.

Zu 3) Es bestehen zwar hierüber zweierlei Meinungen, indem Einige das Legat für wirksam, und diesen Fall als eine Ausnahme von der Catonianischen Regel*) ansehen, weil es in l. 1. §. 2. D. 34. 7. heißt: item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset: s. Cujac. ad Inst. II. 20. §. 10. in Oper. VIII. pag. 997., Göschen Vorlesungen Bd. III. §. 1013. Allein ein Widerspruch gegen die bekannte Regel

---

*) Vergl. unten §. 198. die Note zu II.

und gegen andere Gesetze, §. 10. J. 2. 20. — l. 41. §. 2. D. de leg. I. — l. 13. C. 6. 37., läßt sich so leicht nicht annehmen. Derselbe wird vermieden, wenn man nur die angeführte Gesetzstelle nicht so auffaßt, wie sie in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. Bd. III. S. 586. übertragen ist, sondern ein bedingtes Legat darunter versteht, nämlich: „wenn dir ein Gut, welches zur Zeit der Testamentserrichtung dein eigen war, auf den Fall, wenn du es bei Lebzeiten des Testators veräußert haben würdest, vermacht ist, so muß dir das Legat entrichtet werden." Fast alle neueren Rechtslehrer nehmen daher hier keinen Ausnahmsfall von der Catonianischen Regel an. So ist auch die Sache behandelt in v. Zeiller's Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuch der Oesterreichischen Monarchie Bd. II. S. 601., Wagner Zeitschr. f. Oesterreichische Rechtsgelehrsamkeit Jahrgang 1826. Bd. II. S. 158.

Es lassen sich aber noch mehrere Bedingungen denken, vermöge deren das Vermächtniß einer dem Legatar eigenthümlichen Sache vernünftig und rechtlich bestehen kann. Es scheint daher unrichtig, wenn Manche, z. B. Thibaut System §. 903., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 456. (68.), Mühlenbruch Lehrb. §. 741. not. y. nur die in gedachter l. 1. §. 2. D. 34. 7. vorkommende Bedingung: si eam rem vivo testatore alienaveris, annehmen, denn das Gesetz spricht allgemein: regula Catoniana ad legata conditionalia non refertur; s. v. Vangerow §. 525. Anm. 2. S. 511. der 6. Aufl., Arndts Pand. §. 569. Anm. 2.

Es kann auch der Fall seyn, daß die vermachte Sache zwar zur Zeit der Testamentserrichtung sich im Eigenthum des Legatars befunden hat, dieses Eigenthum ihm aber aus einem vorausgehenden Grunde wieder verloren ging, z. B. durch in integrum restitutio des früheren Eigenthümers. Auch da ist das Legat wirksam, sowie überhaupt bei einem dominio revocabili ex tunc; l. 82. §. 1. D. de legat. I., v. Vangerow a. a. O.

So auch, wenn die Sache zwar zur Zeit des errichteten Legats dem Legatar gehörte, aber der Testator damals schon einen Anspruch darauf hatte, daß ihm die Sache tradirt werde. Im letzteren Fall gilt es als ein legatum liberationis, l. 39. §. 2. D. de leg. I., war sie ihm aber schon tradirt, so gilt das Legat um so unbedenklicher; v. Vangerow a. a. O.

Hat der Legatar die Sache erst nach der Testamentserrichtung an sich gebracht, so ist die Wirksamkeit des Legats auf die Aestimation unbestritten; §. 6. J. 2. 20. — l. 108. §. 4. D. de leg. I. Hat

er sie aber noch bei Lebzeiten des Testators von demselben unentgeltlich erhalten, dann ist der Erbe zu nichts weiter verbunden. Duae causae lucrativae in eundem hominem et eandem rem concurrere non possunt. l. 17. D. 44. 7.

Zu 4) Hierbei kommen die vorhin §. 193. zur Fr. 14. erörterten Grundsätze zur Anwendung; s. Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. XV. S. 393., Braun Erörterungen zu Thibaut §. 759.

Zu 5) Diese Frage ist bejahend entschieden in l. 6. C. 6. 42., wofern nicht eine andere Willensmeinung des Testators bewiesen werden kann.

Zu 6) Das Legat bleibt in diesem Falle, z. B. wenn der Erblasser einen Theil davon bis zu seinem Tode verbraucht hat, noch in dem geringeren Betrag wirksam; l. 108. §. 10. D. de leg. I. — l. 8. §. 2. D. de leg. II., Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 887.

Zu 7) Die zur Zeit der Testamentserrichtung landübliche Münze ist anzunehmen; Struben rechtl. Bed. Bd. II. Bed. 22., v. Hartitzsch Entsch. no. 288.

---

§. 196.

8. Verschiedenheit der Legate in der Art ihrer Errichtung.

a) Prälegat.

Das Prälegat ist ein Vermächtniß, mit welchem ein Theilerbe oder einige oder alle Erben honorirt sind, und durch welches die ganze Erbmasse, also auch der Honorirte selbst als Erbe belastet ist; s. v. Buchholtz Lehre v. d. Prälegaten S. 134. Nun steht aber dem letzteren Moment der Grundsatz des R. R. entgegen: heredi a semet ipso legatum dari non potest l. 116. §. 1. D. de legat. I. (30.), so daß nicht nur ein heres ex asse unmöglich ein Prälegat haben,*) sondern auch für einen Theilerben das Prälegat auf seinen Erbantheil nicht als Legat bestehen kann.

Dieses gesetzliche Princip führt zu nachstehenden Folgesätzen:

a) wenn A. und B. mit einander zu Erben eingesetzt sind, und ihnen zugleich ein Gut prälegirt ist, so können sie dieses nicht

---

*) Schlägt indessen der Erbe die Erbschaft aus, oder wird sie ihm entrissen, so bleibt ihm das Prälegat, sofern im ersteren Fall die Erbschaftsantretung nicht ausdrücklich vom Testator zur Bedingung für die Erwerbung des Prälegats gemacht war; l. 17. §. 2. l. 18. D. de legat. I.

als Prälegat, sondern lediglich als Erben haben. Ist das Gut nur dem A. prälegirt, so muß B. zwar seine Hälfte am Gut dem A. prästiren, dieser aber behält seine Hälfte nicht titulo legati, sondern zufolge seiner Eigenschaft als Erbe l. 18. §. 2. D. 34. 9. — l. 1. §. 6. D. 43. 3. — l. 76. §. 1. D. 35. 2.

b) Der Erbe, dessen Erbportion mit dem onus restituendi belastet ist, dem aber auch ein Legat verschafft ist, braucht von diesem blos dasjenige nicht herauszugeben, was er von seinem Miterben empfangen hat, soweit es ihm aber als von ihm selbst hinterlassen ist, fällt es an das Fideicommiß; l. 18. D. 36. 1.

Immer wird das, was ein Erbe an sich selbst legatweise zahlen soll, als inutiliter legatum betrachtet, weil man aber dasselbe nicht ganz untergehen lassen wollte, so ließ man es den Collegataren durch Anwachsungsrecht zufallen; l. 34. §. 11. D. de legat. I.

Daraus entstehen auffallende Consequenzen in folgenden Fällen: 1) wenn ein heres ex asse mit mehreren Andern zu dem Prälegat berufen ist; l. 34. §. 11. D. de legat. I. — 2) wenn nur ein Einziger von zwei oder mehreren Erben zugleich mit mehreren oder Einem Nichterben bei demselben Prälegate concurriren; l. 116. §. 1. D. de leg. I. — 3) wenn nur zwei Personen zur Erbschaft zu ungleichen Theilen, und daneben zu demselben Prälegat berufen sind; l. 34. §. 12. D. de legat. I.

Z. B. der Erblasser ernannte den A. und B. als Erben zu gleichen Theilen, und daneben vermachte er dem A. zugleich mit 2 Nichterben C. und D. ein Grundstück. Jeder der beiden Erben muß demnach die Hälfte zu diesem Legat beitragen. Nun gestaltet sich die Sache so:

A. kann von der einen Hälfte gar nichts bekommen, weil er ein Legat nicht von ihm selbst bekommen kann, daher dasselbe dem Accrescenzrecht der Collegatare zum Opfer bringen muß. Er erhält daher blos vom B. aus dessen Hälfte gleich den Collegataren C. und D. $^1/_3$ oder aus dem Ganzen . . . . $^1/_6$
C. und D. erhalten vom B. die übrigen . . . . $^2/_6$
dann durch Accrescenz vom A. die Hälfte oder . . . . . $^3/_6$
Sa. $^6/_6$

s. l. 116. D. de legat. I. und die not. 117 — 119. in d. deutsch. Uebersetzung des Corp. jur. hierzu.

Wenn A. und B. zusammen zu Erben eingesetzt sind, und zwar A. zu $^1/_{12}$ und B. zu $^{11}/_{12}$ und Beiden ein Grundstück prälegirt ist, so muß A. aus obigem Grund sein $^1/_{12}$ dem B. überlassen und um-

gekehrt B. seine $^{11}/_{12}$ dem A., so daß in Betreff des Prälegats das direct umgekehrte Verhältniß eintritt, wie in Betreff der Erbeinsetzung l. 34. §. 12. D. de legat. I. Dieses künstliche Gebilde des römischen Scharfsinns scheint uns nun freilich ein bloßes Zerrbild, wogegen sich der gemeine Verstand so gewaltig sträubt, daß von Vielen die heutige Anwendbarkeit des in diese Materie hereingezogenen Accrescenzrechts lebhaft bestritten ist; v. Vangerow im civil. Archiv Bd. XXXV. S. 260. hält zwar dafür, daß so bestimmte gesetzliche Aussprüche sich nicht durch die dagegen erhobenen Bedenken beseitigen ließen, und auch Thibaut behält in der 9. Ausg. seines Systems §. 918. die Lehre bei, auf welche nach Braun Erörterungen zu Thibaut S. 691. der sensus communis gewiß nicht gefaßt, daher auch wohl nicht der Wille des Testators dahin anzunehmen ist. Uebereinstimmend ist auch Sintenis pr. Civilr. Bd. III. §. 210. S. 690., wogegen Andere behaupten, daß das, was den heutigen Begriffen widerstreitet, auch nicht auf Geltung bei uns Ausspruch machen könne; s. die Lehrbücher von v. Wening-Ingenheim u. Schweppe, Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 289. u. Pand. §. 544. Anm. 2., welcher in l. 18. §. 2. D. 34. 9. einen starken Gegensatz findet; so auch Claussen i. d. jur. Zeitschr. v. J. 1845. H. 1. S. 144. Insbesondere behauptet Mittermaier deutsch. Privatr. §. 469. (Ed. 6.), daß an Orten, wo der Grundsatz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest nicht gilt, auch das Anwachsungsrecht in der römischen Consequenz nicht vorkomme.

Die früher nicht bezweifelte, von Mühlenbruch aber bei Glück Thl. XLII. S. 241 bestrittene Ansicht, daß in einer divisio parentum inter liberos die einzelnen, jedem Kinde zugewiesenen Vermögensstücke als Prälegate gelten, leidet nach v. Buchholtz a. a. O. S. 240. eine Einschränkung auf den Fall, wenn der Erblasser die Vertheilung in seinem Testament oder Codicill vorgenommen hat, oder in der von Justinian in der Nov. 18. c. 7. u. Nov. 107. c. 3. vorgeschriebenen Form, und wenn er in diesem Falle ausdrücklich die vertheilten Sachen als Fideicommisse oder Legate bezeichnet hat.

Hiernächst ergeben sich folgende Fragen:

1) Wenn die eingesetzten Erben, und unter ihnen ein Prälegatar, omissa causa testamenti als Intestaterben eintreten, müssen dann die Miterben nicht demungeachtet den auf ihre Portionen fallenden Antheil am Prälegat entrichten?
2) Wenn der Erbtheil nur bedingt hinterlassen ist, ist dann diese Bedingung von selbst auch auf das Prälegat zu beziehen?

3) Hat auch der Substitut auf das Prälegat Anspruch zu machen?
4) Kann der Erbe die Erbschaft ausschlagen und das Prälegat doch fordern, und umgekehrt das Prälegat ausschlagen, die Erbschaft aber annehmen?
5) [Transmittirt der Prälegatar, der nach Erwerb des Legats, aber vor dem Erbschaftsantritt verstorben ist, das Legat ganz und ungetheilt auf seine Erben?]

Zu 1) Nein; s. l. 7. D. 29. 4. So bestimmt auch l. 4. §. 11. D. 44. 4., wenn ich von einem Substituirten eine Vergütung dafür bekommen habe, daß ich die testamentarische Erbschaft ausschlug, so werde ich dann, wenn ich vom Substituten das mir im Testament ausgesetzte Legat fordere, mit der exc. doli zurückgewiesen.

Zu 2) Für die Bejahung soll nach der Meinung Mehrerer eine gesetzliche Vermuthung gelten; s. v. Wening=Ingenheim Handb. d. gem. Civilr. Bd. III. S. 224. not. w. w., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 918. not. 7., Mühlenbruch bei Glück Thl. XLI. S. 275., Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 429. Allein die Gesetzstellen, auf welche sich diese Meinung stützt, enthalten nur Entscheidungen einzelner Fälle; l. 18. §. 1. D. 28. 7. — l. 77. pr. D. 35. 1. — l. 17. §. 3. D. 44. 4., besonders, wie v. d. Pfordten Diss. de praelegat. S. 35. u. 38. bemerkt, wo der Erbeinsetzung die Bedingung in favorem libertatis oder emancipationis beigefügt war; wenn man aber auch mit Andern diese Einschränkung verwirft (s. Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 272., Fritz zu Wening=Ingenheim Bd. V. §. 70., v. Buchholtz a. a. O. S. 298), so scheint doch immer noch keine allgemeine Vermuthung gesetzlich begründet (v. Buchholtz a. a. O., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 434. Anm. 2. No. 2. lit. b.), daher vielmehr der muthmaßliche Wille des Testators entscheiden muß; z. B. wenn der Testator bei der Erbeinsetzung schon den bestimmten Willen, daß etwas gethan oder unterlassen werden soll, ausgesprochen hat, so brauchte er denselben bei dem weiter von ihm angeordneten Legat nicht zu wiederholen, vielmehr stünde dem Zuwiderhandelnden, wenn er das Prälegat dann doch fordern wollte, exc. doli entgegen; s. v. Buchholtz a. a. O. S. 284. u. 558.

Zu 3) Der im Erbtheil Substituirte ist nicht auch eo ipso in das Prälegat substituirt; l. 32. D. de legat. III.

Viel wird indessen auf die Ausdrucksweise des Testators ankommen, ob z. B. derjenige Erbe, welcher zugleich mit einem Prälegat bedacht

und um die Restitution der Erbschaft gebeten ist, auch das Prälegat restituiren müsse; v. Buchholz a. a. O. S. 474.

Zu 4) Beides ist von einander unabhängig, wenn nicht aus dem besonderen Inhalt des Testaments eine Unzertrennlichkeit begründet ist, l. 17. §. 2. l. 18. l. 87—89. D. de leg. I. — l. 12. C. 6. 37., sowie man auch der Erbschaft durch Indignität verlustig werden, das Prälegat aber darum doch beanspruchen kann; l. 15. l. 18. §. 2. D. 34. 9. Ueber die Verschiedenheit in Behandlung des Falles, wenn der mit einem Prälegat bedachte Erbe die Erbschaft nicht erwirbt, je nachdem die Nichterwerbung Folge der Repudiation, oder Folge davon ist, daß er vor dem Erbschaftsantritt stirbt, wie auch des Falles, wenn der Prälegatar die Erbschaft zwar erwirbt, aber nicht behalten kann; s. v. Buchholz a. a. O. S. 154. u. 323., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 523. No. II. III.

Zu 5) [Nichts scheint näherliegend als die einfache Bejahung dieser Frage, denn es gilt ja der allgemeine Satz, daß der Prälegatar, der nicht Erbe wird (einerlei ob er nicht will oder nicht kann), das ganze Prälegat erwirbt; und warum sollte dieser Satz nicht gelten, im Fall der Prälegatar durch den Tod verhindert wird, Erbe zu werden? Nichtsdestoweniger hat man obige Frage wegen l. 75. §. 1. D. de legat. II. verneinen zu müssen geglaubt und zur Motivirung dessen verschiedene Gründe herbeigeschafft, vergl. z. B. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 523 a. E. Dagegen führt nun Schütze in Bekker's Jahrbuch III. S. 418—429. aus, daß die l. 75. cit. in der That gar nicht dem oben genannten allgemeinen Satze entgegenstehe, denn in ihr sei vom eigentlichen Prälegat gar nicht die Rede, sondern von praeceptiones; Prälegat sei das Vermächtniß an einen von mehreren Erben, mit welchem alle Miterben, folglich auch der Vermächtnißnehmer selber, belastet sind, während praeceptio (im technischen, in l. 75. cit. zugrunde liegenden Sinn) das Vermächtniß an einen unter mehrern Miterben bedeute, mit welchem nur die übrigen Miterben, alle oder einige, nicht aber der Vermächtnißnehmer selber, belastet sind. Dies wird durch Hinweis auf das alte legatum per praeceptionem begründet.]

b) Successives Vermächtniß.

Unter den verschiedenen Abweichungen der römischen von den deutsch-rechtlichen Familienfideicommissen (s. folg. Kap. XIV.) ist die wichtigste die beschränkte Dauer der ersteren. Es fragt sich indessen

hierbei um die Auslegung der Nov. 159. bezüglich der zulässigen Anzahl der Generationen?

Einige nehmen an, das fideicommissum perpetuum sey durch die römischen Gesetze insoweit beschränkt, daß es mit dem vierten Restitutionsfall ein Ende nehme, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 357., und erst der fünfte Inhaber frei darüber verfügen könne, wogegen aber Pfeiffer in den prakt. Ausführungen darauf aufmerksam macht, daß das Gesetz nicht von vier Restitutionsfällen, sondern nur von vier Successionsfällen oder Generationen spricht, wenn es die anmaßlichen Vindicanten des Fideicommisses für nicht admissibel erklärt, si post quatuor demum generationes hujusmodi quaestionem produceremus. Z. B. A. errichtet ein Fideicommiß und beruft zum ersten Nachfolger den B., welchem sofort C., dann D., hernach E. succedirt. Hier würde E. schon die fünfte Generation bilden, obgleich erst den vierten Successionsfall. Vgl. übrigens Marezoll in v. Löhr's Magazin für Gesetzgebung Bd. IV. S. 203. — Ferner nehmen die meisten Rechtslehrer, Cujac. in expositione Novellar. ad Nov. 159. an der Spitze, und nach ihm Marezoll a. a. O., Mackeldey Lehrb. §. 727. not. e., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 536., Günther Princ. jur. Rom. T. II. §. 768., Hugo Rechtsgeschichte S. 850. nach dem buchstäblichen Inhalt der Nov. 159.: „Si tot successiones praeterierint et ultimus heredum *per intervenientem aliquem in medio impuberem* hereditatem capessat," auch das Vorhandenseyn eines Pupillen unter den Zwischenpersonen als Miterforderniß der gesetzlichen Bestimmung an. Bei genauer Betrachtung des Inhalts findet man aber, wie Pfeiffer a. a. O. bemerkt, daß in dem durch die Nov. 159. entschiedenen Fall der impubes, nur um 4 Generationen herauszubringen, mitgezählt werden mußte, wobei aber auf den unwesentlichen Umstand, ob er pubes oder impubes war, nichts ankommt.

Streitig ist zwar auch überhaupt die heutige Anwendbarkeit der gedachten Novelle, welche von Mehreren geleugnet wird, s. Höpfner Instit. §. 604., Thibaut System §. 920 (772), allein, wenn gleich deutschrechtliche Institute nur nach dem einheimischen Recht beurtheilt werden dürfen, so folgt daraus doch nicht, daß auch solche Dispositionen, welche diesen Charakter nicht an sich tragen,*) der Herr-

---

*) So findet sich in Pütter's auserlesenen Rechtsfällen Bd. IV. Th. I. Resp. 376. ein Beispiel eines adeligen Familienfideicommisses, welches der Stifter ausdrücklich auf die vierte Generation beschränkt hatte, und deshalb mit Recht nach den Grundsätzen des Römischen Rechts beurtheilt wurde.

schaft des recipirten Rechts entzogen werden dürften, daher wohl mit mehr Grund deren Anwendbarkeit auch noch heut zu Tage behauptet wird; Knipschild de fideic. familiar. nobil. Cap. IX. §. 104. u. 122., vorausgesetzt, daß der Testirer nicht ausdrücklich erklärt hat, ein ewiges Fideicommiß zu stiften, oder daß sein Fideicommiß nicht den dem röm. Familienfideicommiß fremdartigen, blos auf den Mannsstamm in splendorem et conservationem familiae beschränkten Charakter eines deutschen Familienfideicommisses hat.

---

§. 197.

9. Verschiedenheit der Legate in Ansehung ihres Gegenstandes.

a) Legatum speciei.

1) Welche culpa hat der Erbe zu prästiren, wenn die legirte Species verloren geht?
2) Wenn neben einer Prinzipalsache auch eine andere als Anhang derselben vermacht ist, und erstere durch Zufall zu Grunde geht, kann der Legatar doch alsdann wenigstens die accessorische Sache verlangen?
3) Wenn eine im Proceß befindliche Sache vermacht ist, liegt dem Erben oder dem Legatar die Fortführung des Processes ob?
4) Wann nimmt das Eigenthum des Legatars, welchem eine species vermacht ist, seinen Anfang?

Zu 1) S. oben §. 193. Fr. 13.

Zu 2) Der Vermächtnißnehmer einer bestimmten Sache vindicirt mit Recht zugleich dasjenige, was zur vermachten Sache entweder von Rechtswegen (z. B. alluvio, insula in flumine nata) oder durch Bestimmung des Erblassers als Zuwachs hinzugekommen, oder als Pertinenz der Hauptsache zu betrachten ist; l. 24. §. 2. D. de legat. I. — l. 39. D. de legat. II. — l. 16. l. 91. §. 3—6. D. de legat. III. cf. l. 44. l. 86. ib. Wenn die Principalsache, schon bevor der Legatar das Vermächtniß erworben hat, durch Zufall zu Grunde gegangen ist, so fällt das accessorium auch weg, z. B. wenn das vermachte Haus nicht gefordert werden kann, so kann auch nicht das Hausgeräthe gefordert werden, l. 1. §. 1. D. 33. 7. — l. 1. u. 2. D. 33. 8., wenn

ein Reitpferd mit Sattel und Zeug vermacht ist, der kann, wenn das Pferd gefallen ist, nicht mehr auf Sattel und Zeug Anspruch machen, aber umgekehrt kann er das Pferd gleichwohl verlangen, wenn Sattel und Zeug ohne Schuld des Erben verloren gegangen ist. Als legata separata betrachtet das Gesetz: si ancilla cum suis natis legata sit, oder si cum vicariis suis legatus sit servus; l. 3. u. 4. D. 33. 8. Aber auch das accessorium kann in dem Fall gefordert werden, wenn die Hauptsache erst nach dem Tod des Erblassers zu Grunde gegangen ist; s. Höpfner Instit. §. 567. u. not. 2.

Zu 3) Der Erbe ist schuldig, den Proceß fortzuführen, dem Legatar steht aber frei, am Proceß Theil zu nehmen, damit nichts vernachlässigt werde; s. Nov. 112. c. 1.

Zu 4) Unter den verschiedenen Meinungen hierüber, s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1551., Höpfner Instit. §. 584., ist wohl die richtigere die: daß zwar das Recht auf das Legat mit dem Tod des Erblassers, das Eigenthum aber erst vom Zeitpunkt der Erbschaftsantretung an erworben werde; l. 44. §. 1. l. 69. pr. l. 86. §. 2. D. de leg. I., Gesterding Ausbeute ꝛc. Th. VI. Abth. 1. S. 286. und zwar ohne Tradition per transitum legalem; l. 80. D. de leg. II. Bei bedingten Legaten muß aber freilich die Erfüllung der Bedingung erst hinzugetreten seyn. Unter diesen Voraussetzungen erwirbt der Legatar die vermachte Sache dergestalt, daß er sie auch von jedem Dritten vindiciren kann.

Pfandrechte oder einen einem Andern daran zustehenden Ususfruct muß der Erbe, wenn der Erblasser diese Rechte kannte und nicht einen anderen Willen an den Tag legte, ablösen; §. 5. J. 2. 20. — l. 21. D. 22. 3. — l. 6. C. 6. 42. — l. 57. D. de legat. I., Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 326., welcher jedoch den Legatar zum Beweis der Kenntniß des Erblassers schuldig erachtet.

Gehört die vermachte Sache dem Legatar selbst, so kann er in dem Fall Ersatz dafür fordern, wenn er sie erst nach Errichtung des Testaments und zwar nicht ex causa lucrativa und nicht vom Erblasser selbst erworben hat; §. 6. cf. §. 9. J. 2. 20. — l. 34. §. 2. D. de legat. I. (30.)

---

b) Legatum generis, alternativum, optionis.

Dig. XXXIII. 5. de optione vel electione legata.

1) Wenn beim legatum generis, dessen Gegenstand eine res non fungibilis ist, der Gattungsbegriff nicht so vag ange-

geben ist, daß es den unter ihn fallenden Individuen an aller wahren Bestimmtheit fehlt,*) so hat bekanntlich der Legatar in der Regel das Wahlrecht unter den vorhandenen sämmtlichen Stücken, wenn der Testirer nichts darüber bestimmt hat, doch nicht so, daß er das Beste wählen darf, wozu er nur beim alternativen Legat und beim legatum optionis, nämlich wenn der Erblasser ihm ausdrücklich das Wahlrecht zugestanden hat, berechtigt ist; er darf vielmehr nur ein Stück von mittlerer Qualität wählen, und er transmittirt dieses Recht der Auswahl, welche aber, wenn sie einmal getroffen ist, unabänderlich bleibt,**) auch auf seine Erben; §. 23. J. 2. 20. Wie aber, wenn sich ein Gegenstand dieser Gattung gar nicht im Nachlaß vorfindet?

2) Wenn mehrere gemeinschaftliche Legatare zu wählen haben, wie ist dann der Wähler zu bestimmen?
3) Wenn die Wahl vom Testator einem Dritten übertragen ist, und dieser stirbt, wer hat dann das Recht zu wählen?
4) Wieviel Stücke darf der Legatar in Anspruch nehmen, wenn die Zahl vom Testirer unbestimmt gelassen ist?
5) Was ist die Folge, wenn der Legatar die ihm zukommende Wahl ungebührlich verzögert, oder
6) wenn sich der Erbe solches Verzuges schuldig macht?
7) Wenn bei einem alternativen Legat die eine Sache pure, die andere unter einer Bedingung hinterlassen ist, z. B. Sejae decem aut, si pepererit, fundum heres meus dato, wann wird da das Legat erworben?
8) Wenn der Legatar eines von den alternativ legirten Stücken noch bei Lebzeiten vom Testator geschenkt erhalten hat, kann er dann doch das andere noch aus dem Recht des Vermächtnisses fordern?

---

*) So gilt zwar das Vermächtniß eines Hauses, aber nicht eines Grundstücks ohne alle Bezeichnung; l. 69. §. 4. D. 23. 3. — l. 71. pr. D. de legat. I. Doch wollen Manche auch Letzteres gelten und nach dem Vermögen des Erblassers, sowie nach Stand und Nothdurft des Legatars arbitriren lassen; s. Höpfner Instit. §. 569. not. 1., Vinnius ad §. 22. J. 2. 20.

**) Ausgenommen, wenn er eine Sache aus Irrthum wählte, welche er nicht wählen durfte, l. 2. §. 2. u. 3. l. 9. §. 1. D. 33. 5., oder wenn die gewählte Sache evincirt wird; l. 29. §. 3. D. de leg. III. — l. 58. D. 21. 2.; v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 549. No. 2. b., Puchta Pand. §. 529.

Zu 1) Wenn der Erblasser diesen Fall vorgesehen, und dem Erben die Anschaffung eines solchen Gegenstandes aufgetragen hat, so beantwortet sich die Frage von selbst.*) Die Auswahl wird dann nach Höpfner Instit. §. 569., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 549. S. 618. 619. der 6. Aufl., vergl. Francke Obs. de jure legator. et fideic. Sect. I. Cap. I. Jen. 1832. dem Erben zuzugestehen seyn, welcher dann aber auch nicht das geringste Stück wählen darf; l. 110. D. de leg. I.

Mangelt es aber an einer solchen Fürsorge des Testators, so ist nach der richtiger scheinenden Ansicht das Legat nichtig.

Die von Mehreren, s. Warnkönig Comm. III. §. 1167., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. II. S. 14., Mühlenbruch Lehrb. §. 744., Höpfner Instit. §. 569. not. 1. und §. 571., behauptete Beschränkung dieser Entscheidung auf vermachte Immobilien, dergleichen der Erblasser gar nicht besaß, oder auch nur auf den speciellen in l. 71. pr. D. de leg. I. angeführten Fall, wo ein Haus vermacht war, während im Nachlaß keins vorhanden war, wird als eines zureichenden Grundes entbehrend von Andern verworfen. Die Gründe der Widerlegung s. vorzüglich v. Vangerow a. a. O., vergl. Puchta Pand. §. 529., v. Wening-Ingenheim Lehrb. §. 538. (Ed. 4.), Hofacker Princ. jur. civ. §. 1494. not. a. Eine andere unhaltbare Distinction s. Höpfner Instit. §. 569. not. 1.

Zu 2) Dann entscheidet das Loos, und der, welchen es getroffen hat, behält die Sache unter Hinausvergütung des Werths an die Uebrigen zum treffenden Antheil; §. 23. J. 2. 20. — l. 3. pr. C. 6. 43., Schweppe a. a. O. §. 898. not. 5.

Zu 3) Der Legatar, jedoch eben so wie der dritte Wähler, l. 37. pr. D. de leg. I. mit Beschränkung auf die Mittelsorte, l. 3. §. 1. C. 6. 43.

Zu 4) Diesfalls werden deren drei verstanden; l. 1. D. 33. 5., Puchta Pand. §. 529., v. Vangerow a. a. O. §. 549. No. 4.

Zu 5) Gewöhnlich wird als rechtliche Folge, wenn ein vom Richter vorerst zu präfigirender Termin fruchtlos abgelaufen ist, der Verlust des Legats behauptet, l. 6—8. l. 13. §. 1., l. 17. D. 33. 5.,

---

*) Implicite liegt solcher Auftrag in dem Legat: „A. soll ein seinem Stand und Bedürfniß angemessenes Haus in der Stadt X. erhalten;“ denn da hatte der Testator vorbedacht, daß ein so bezeichnetes Haus nicht aus seinem Nachlaß zu erholen sey; s. Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 333. Hier ist also l. 71. D. de legat. I. nicht anwendbar; cf. l. 69. D. 23. 3.

v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 538. (247.), aber doch wohl wenigstens dann, wenn das Präjudiz nicht ausgedrückt war, oder ein Restitutionsgrund vorhanden ist, mit Einschränkung, nämlich nur unter der Voraussetzung, daß sich nicht mehr Alles in integro befindet; s. v. Vangerow a. a. O. No. 2. a.

Zu 6) Dann geht das Wahlrecht unstreitig auf den Legatar über; l. 25. §. 17. D. 10. 2., Puchta a. a. O.

Zu 7) Erst wenn die Bedingung sich entschieden hat; nam pendente conditione non erit electio, nec si moriatur, ad heredem transiisse legatum videbitur; l. 14. pr. §. 1. l. 25. pr. D. 36. 2. Deficirt die Bedingung, so fällt das Vermächtniß des einen Objects weg, und es bleibt nur ein einfaches Vermächtniß in Ansehung des andern Objects übrig; s. v. Vangerow a. a. O. Nr. 4 a. (S. 621. der 6. Aufl.)

Zu 8) Obgleich nur eine von beiden Sachen vermacht ist, aber doch wegen der gelassenen Unbestimmtheit jede derselben, l. 34. §. 14. D. de leg. I., so kann die andere Sache noch aus dem Vermächtniß gefordert werden; l. 84. §. 11. D. de leg. I., Puchta Pand. §. 529.

---

c) Legatum quantitatis.

Dig. XXXIII. 6. de tritico, vino vel oleo legato.

1) Wenn der Testator eine gewisse Quantität vertretbarer Sachen vermacht hat, muß der Erbe sie präſtiren, wenn auch weniger oder gar nichts dergleichen im Nachlaß befindlich ist?
2) Wenn der Testator die Qualität bei Gegenständen von verschiedener Güte unbestimmt gelassen hat, wozu kann der Erbe angehalten werden?
3) Wenn die Gegenstände, z. B. Oel, Wein, gewöhnlich in Gefäßen geführt werden, kann der Legatar auch diese fordern?
4) Wenn der Testator Maaß, Zahl oder Gewicht der legirten vertretbaren Sachen unbestimmt ließ, was kann dann der Legatar fordern? und
5) Wenn darunter Alles verstanden werden müßte, was der Testator an solchen Gegenständen bei seinem Ableben hinterlassen hat, ist darunter auch dasjenige begriffen, was der-

selbe zu fordern hatte, aber ihm noch nicht übergeben war, oder auch, was er zwar verkauft, aber noch nicht abgeliefert hatte?

6) Wenn im Testament dem Erben auferlegt ist, dem Titius und dem Sejus 100 Fl. zu entrichten, ist dies so auszulegen, daß Jedem von Beiden 100 Fl. oder nur Beiden zusammen 100 Fl. zu bezahlen sind?

Zu 1) Beim legatum quantitatis kann, wenn eine Quantität ganz allgemein vermacht ist, darauf, ob so viel oder gar nichts von der bezeichneten Art vorhanden ist, nichts ankommen; l. 3. pr. D. 33. 6. und auch die Wahl der Qualität bleibt, wenn diese nicht näher bestimmt ist, dem Onerirten überlassen, der jedoch nicht dem offenbaren Willen des Erblassers zuwider den Legatar verkürzen darf; l. 4. D. 33. 6. Ein Anderes ist es, wenn die Quantität nur relativ vermacht ist, z. B. ich vermache dem N. 100 Eimer meines Weins, dann kann der Erbe freilich nicht zu mehr, als wirklich vorhanden ist, verbunden werden; l. 2. §. 1. l. 5. D. 33. 6. — Puchta Pand. §. 530., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 737.

Zu 2) Nach l. 4. D. 33. 6. kann dann der Erbe ganz nach Willkür bestimmen, und daß diese Stelle zufällig von legirtem Oel spricht, gibt wohl keinen Grund ab, die gesetzliche Vorschrift mit Mühlenbruch a. a. O. als ein jus singulare für diese Substanz anzusehen, s. dagegen v. Vangerow a. a. O. §. 550., Puchta a. a. O. §. 530. not. d., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 536. (244.) beruft sich für seine Meinung, daß der Erbe auch da mittlere Qualität geben müsse, auf l. 110. D. de leg. I., welche Stelle aber nicht vom legatum quantitatis handelt, und auf l. 1. l. 3. pr. D. 33. 6., wonach, wenn Wein vermacht ist, nicht Essig gegeben werden darf, wenn auch der Hausvater den Essig dem Weine beizurechnen pflegte. Daraus scheint aber, wie Puchta a. a. O. bemerkt, weiter nichts zu folgen, als daß kein verdorbenes Gewächs gegeben werden darf. Handelt es sich von einem Gegenstand, von welchem es allerlei Sorten gibt, so kommt es auf Interpretation an; l. 1. 2. 3. §. 1. l. 9—12. l. 16. D. 33. 6.

Zu 3) Nach l. 3. §. 1. D. 33. 6. kann der Legatar auch die Gefäße verlangen, welche gewöhnlich dazu dienen, den darin befindlichen Gegenstand zu verführen oder fortzubringen; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 536. (244.)

Zu 4) l. 7. pr. D. 33. 6. verordnet, daß der Erbe dann nicht blos so viel geben dürfe, als ihm gut dünkt, sondern Alles, was zur Zeit des Todes des Erblassers vorhanden war; um aber diese Gesetzstelle mit einer andern in Einklang zu bringen, daß bei einer undeutlichen Bestimmung des Quantums das Mindeste zu gewähren ist l. 43. §. 1. u. 3. l. 47. D. de leg. II. — l. 75. D. de leg. III., ist es sehr beachtenswerth, den von v. Vangerow a. a. O. bemerkten Unterschied der deutschen und lateinischen Sprache wahrzunehmen, indem es in ersterer nicht einerlei ist, ob ein Artikel zugefügt ist; z. B. ich vermache dem Titius den Wein oder meinen Wein, und nicht, ich vermache dem Titius Wein, Oel rc., in welch letzterem Fall mehr für die Arbitrirung der Quantität von Seite des Erben spricht.

Zu 5) Nach l. 34. pr. D. 34. 2. ist das Legat auf dasjenige beschränkt, was wirklich des Testirers Eigenthum bereits geworden ist, und nicht auf dasjenige auszudehnen, worauf er nur eine Klage hatte, oder auf das, was er bereits veräußert, wenn gleich noch nicht abgeliefert hatte; v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 536. (244.), Böhmer Rechtsfälle Th. III. no. 193.

Zu 6) Nach l. 79. D. de leg. I. vergl. mit l. 34. §. 9. eod. ist hierin keine Zweideutigkeit, so daß man je 100 verstände, wo 100 gesagt ist.

---

d) Legatum redituum.

Dig. XXXIII. 1. de annuis legatis et fideicommissis.

1) Ein solches periodisch zu erwerbendes Legat ist als eine Reihe mehrerer Legate *) anzusehen, deren jedes nur mit seinem Anfallstermin erworben, und daher, insofern nur der Legatar den Anfang der Zeitfrist erlebt hat, auf seine Erben transmittirt wird, sowie auch jede folgende Leistung mit dem Anfang jedes Termins erworben wird; s. Böhmer Rechtsfälle Th. II. no. 104., Arndts Pand. §. 572. In Ansehung der Anfallszeit der ersten Terminsleistung

---

*) Daraus folgt, daß, wenn in einem Jahr dem Legatar die Erwerbsfähigkeit mangelt, ihm dies für ein folgendes Jahr, wenn er sie in diesem Jahr wieder erlangt, nicht schadet; l. 11. D. 33. 1. — l. 12. pr. §. 2. D. 36. 2.

kann aber in Frage kommen, ob diese nicht von der Zeit der Erbschaftsantretung abhängig ist? l. 4. l. 5. l. 8. l. 22. D. 33. 1. — l. 10. l. 12. D. 36. 2.

2) Wenn ein solches Rentenlegat, welches im Zweifel für die Lebensdauer des Honorirten gilt, l. 8. D. 33. 1., ausdrücklich mir und meinen Erben hinterlassen ist, ist solches blos von meinen unmittelbaren Erben zu verstehen?

3) Wenn es einer moralischen Person hinterlassen ist, dauert es dann blos 100 Jahre oder für immer?

4) Steht dem Legatar ein gesetzliches Pfandrecht an der Sache zu, deren Einkünfte zur Entrichtung der Rente bestimmt sind?

5) Inwiefern wird der Erbe dadurch, daß er das Rentenlegat einigemal entrichtet hat, mit jeder Einwendung und Anfechtung ausgeschlossen?

6) Inwiefern ist das legatum redituum vom legatum ususfructus nominum verschieden in seinen rechtlichen Wirkungen?

Zu 1) Der erste Termin wird im Augenblick des Todes des Erblassers erworben, daher, wenn auch der Erbe erst nach etlichen Jahren die Erbschaft antritt, der Legatar die inzwischen abgelaufenen Termine fordern kann; l. 12. §. 3. D. 36. 2. — l. 1. C. 6. 53.

Zu 2) Nein, es geht auch auf die ferneren Erben über, l. 65. D. 50. 16. — l. 22. C. 6. 37., und gilt als eine immerwährende Rente.

Zu 3) Es ist immerwährend; l. 6. D. 33. 1. — l. 46. §. 9. C. 1. 3. Dasselbe gilt auch, wenn das Legat einem jederzeitigen Beamten als solches verschafft ist; l. 20. §. 1. D. 33. 1.

Zu 4) Die l. 1. C. 6. 43. läßt wohl keinen Zweifel gegen die Bejahung zu; Glück Thl. XIX. S. 59. u. 176.*)

Zu 5) Wenn das legatum annuum (insbesondere alimentorum) eine längere, mindestens 3 Jahre betragende Zeit hindurch entrichtet

---

*) Einen merkwürdigen Fall, wo sogar vertragsmäßigen, durch den Reichsdeputationsbeschluß v. J. 1803 constituirten Renten ein Realrecht eingeräumt wurde, erzählt Kapff in den merkwürdigen Civilrechtssprüchen Bd. I. S. 38. in Sachen des Grafen v. Quadt gegen den Fürsten v. Metternich.

wurde, so wird der Onerirte mit einem Einwand gegen die Giltigkeit des Vermächtnisses nicht weiter gehört; l. 1. C. 6. 42., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 922. a. E.

Zu 6) S. hierüber die folgende lit. h. Fr. 2.: legirte jura in re aliena. *)

---

e) Legatum alimentorum.

Digg. XXXIV. 1. de alimentis vel cibariis legatis.

Ueber dessen singuläre unzweifelhafte Begünstigungen s. d. Lehrbücher v. Vangerow Bd. II. §. 552., Puchta §. 531., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 536. (244.), Schweppe Bd. V. §. 923., Arndts Pand. §. 573., v. Keller Pand. §. 567., Böhmer Rechtsfälle Th. III. no. 191. de legato ab herede ex certo praedio praestando non cessante, si heres in perceptione fructuum facto tertii impeditus est. Ist das Maaß der Alimente unbestimmt gelassen, so ist es ex arbitratu boni viri zu bestimmen; l. 5. u. l. 22. pr. D. 34. 1. Ist das Maaß bestimmt, so schadet es nichts, wenn das Grundstück, auf welches sie angewiesen sind, weniger abwirft, als der bestimmte Betrag ausmacht; l. 12. D. 34. 1. Ist die Dauer der Alimente im letzten Willen unbestimmt gelassen, so wird in der Regel der Anspruch für die ganze Lebensdauer angenommen; l. 14. pr. D. 34. 1. Sind sie bis zur Mündigkeit vermacht, so wird diese weiter als gewöhnlich hinausgerückt, nämlich beim weiblichen Geschlecht bis zum vollendeten 14ten, beim männlichen bis zum vollendeten 18ten Lebensjahr; l. 14.

---

*) Bei dem legatum redituum kann es übrigens zweifelhaft werden, ob die reditus blos demonstrationis gratia oder taxative, nämlich auf die wirklich eingehenden Renten eingeschränkt zu verstehen sind; z. B. der Testator sagte: „meiner Ehegattin sollen, so lange sie im Wittwenstand bleiben wird, jährlich 1000 Thlr. aus den Renten meines Guts T. als ein Legat von meinem Erben entrichtet werden." Ist nun im Fall gänzlicher oder theilweiser Insufficienz dieser Renten der Erbe schuldig, das Fehlende aus anderen Erbschaftsmitteln zu ergänzen? Nein; legatum in eadem propositione verbis dispositivis ex reditibus certi fundi relictum hat vim taxationis et limitationis, dagegen, wenn bei einem in propositione antecedente pure verschafften Legat die Bezahlung in der darauf folgenden Proposition aus einem bestimmten fundus angewiesen wird, solches nur demonstrationis causa geschehen erachtet wird; l. 27. §. 2. D. de leg. III., Böhmer Rechtsfälle Th. III. no. 191.

pr. §. 1. D. 34. 1. Wenn der Vertrag oder letzte Wille blos vom Unterhalt spricht, so erstreckt sich die Verbindlichkeit nicht auch auf die Unterrichtskosten; l. 6. D. 34. 1. — l. 3. pr. D. 34. 8., Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. II. S. 571. Ueber die Wirkung des Abzugs der Falcidischen Quart bei dem Alimenten-Legat s. l. 77. §. 1. D. de legat. II.

---

f) Vermächtniß einer universitas rerum.*)

Dig. XXXIII. 7. de instructo vel instrumento legato. XXXIII. 8. de peculio legato. XXXIII. 9. de penu legata. XXXIII. 10. de suppellectili legata. XXXIV. 2. de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis.

Die angesehensten Rechtsgelehrten erkennen die angeführten Pandektentitel als Muster des rechtswissenschaftlichen Scharfsinns und mannigfaltige Analogien darbietend an, finden sie jedoch wegen des veränderten Sprachgebrauchs nicht unmittelbar für das heutige Recht anwendbar; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 553., Schweppe Bd. V. §. 929., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 534. (242.) Häufig wird jedoch noch jetzt in Frage kommen:

1) Bestimmt sich der Umfang eines solchen Vermächtnisses nach der Zeit der Testamentserrichtung oder des Todes des Erblassers?
2) Wird unter dem Legat der Mobilien auch das baare Geld begriffen?
3) Wenn alle an einem bestimmten Ort befindlichen Sachen vermacht sind, muß darunter nur Alles, was sich perpetuirlich, oder auch was zufällig sich da befindet, begriffen werden?
4) Wenn der Testator alle seine Sachen Jemandem vermacht hat, sind darunter auch die jura in re zu begreifen?

---

*) Bei einer universitas juris treten übrigens dieselben Rücksichten ein, wie bei einzelnen Sachen, insofern nämlich jene als ein Ganzes aufgefaßt wird.

Zu 1) In der Regel nach der Zeit des Todes, §. 18. u. 20. J. 2. 20. — l. 21. D. de leg. I. — l. 28. D. 36. 2., wenn nicht aus der Ausdrucksweise hervorgeht, daß der Testator nur an dasjenige gedacht habe, was er bei der Anordnung des Legats besaß. Nach l. 7. l. 40. D. 34. 2. dürfte aber letzteres schon angenommen werden, wenn der Testator sagte: vestem *meam* oder argentum *meum* damnas esto dare, denn hac demonstratione *meum* praesens, non futurum tempus ostendit.

Das Legat bleibt übrigens nur so weit wirksam, als beim Tod des Erblassers von der universitas übrig ist, wenn auch dieses keine universitas mehr zu bilden vermag; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 534. (242.)

Zu 2) Die Entscheidung dieser Frage ist schwierig, theils weil das Wort Mobilien im gemeinen Sprachgebrauch häufig eine andere als die juristische Bedeutung hat,*) theils weil sich in den Gesetzen kein Beispiel eines legatum mobilium findet. Die Römer pflegten sich nämlich bestimmter auszudrücken, entweder durch Beifügung eines Orts, wo sich die zum Vermächtniß bestimmten Sachen befänden, l. 32. §. 2. u. 3. D. de leg. II. — l. 41. §. 6. l. 64. l. 78. §. 1. D. de leg. III, oder durch Bezeichnung der Art von Sachen, z. B. suppellex; aurum et argentum etc. Im ersteren Fall wurde nur dasjenige Geld darunter verstanden, welches bleibend gleichsam als Sparpfennig am bezeichneten Ort aufbewahrt wurde, nicht was zum Ausleihen bestimmt war, und um so weniger die vorhandenen Schuldscheine, l. 41. §. 6. l. 44. l. 78. §. 7. l. 79. §. 1. l. 86. l. 92. §. 1. D. de leg. III., als unkörperliche Rechte; Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXX. §. 43.

Was nun ohne dergleichen nähere Bezeichnung unter Mobilien (nicht Meubles, denn dieser Begriff ist schon bestimmt begrenzt, siehe Leyser Sp. 390.) zu verstehen sey, darüber sind die Meinungen verschieden, indem die Einen alle körperlichen Sachen, somit auch die Baarschaft darunter verstehen, Voet Comm. ad Pand. Lib. XXX. §. 18., Andere dies nur dann zugeben, wenn der Testator sagte: „mein Mobiliarvermögen"; Gottschalk sel. Disc. for. T. I. cap. 1., Curtius Handb. d. in Kursachsen geltenden Civilr. Th. II. §. 772. Das

*) Wichtig ist in dieser Hinsicht die Bestimmung in l. 69. §. 1. D. de leg. III. non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum esse, cum plerique abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur, womit auch die Interpretationsregel, daß auf den Sprachgebrauch der Gegend, oder auch des Testators selbst zu sehen ist, übereinstimmt.

Preuß. Landrecht Th. 1. Tit. 2. §. 10. u. 11. unterscheidet baares Vermögen, und Mobiliar= oder bewegliches Vermögen, unter welch letzterem es „alle beweglichen Sachen begreift, insofern sie nicht als Pertinenzstücke zu einer unbeweglichen Sache gehören." Das Oesterreichische Gesetzbuch §. 674. sagt: „unter Mobilien (Meublen) werden nur die zum anständigen Gebrauche der Wohnung, unter Hausrath oder Einrichtung zugleich die zur Führung der Haushaltung erforderlichen Geräthschaften verstanden." — In den Rechtssprüchen der Halleschen Juristenfacultät von Klein Bd. I. S. 235. wurde angenommen, unter vermachten Mobilien sey nur das, was unter dem Namen Hausrath und Meublen zum bequemen Gebrauch und zur Auszierung der Wohnung und zum Bedürfniß der Hauswirthschaft bestimmt zu werden pflegt, begriffen, davon aber Baarschaften, Juwelen, Kostbarkeiten, Silberwerk, Medaillen, Schmuck und Geschmeide, Kleidungsstücke, Putz, Weißzeug und alle verbrauchbare, besonders alle unkörperliche Sachen, ingleichen die Moventien ausgeschlossen. Diese Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen sind, da sie auf den deutschen Sprachgebrauch*) basirt sind, s. Glück Thl. II. §. 173. S. 520., v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 247., auch da von Bedeutung, wo sie nicht unmittelbar Gesetzeskraft haben.

Zu 3) Nur dasjenige, was sich gewöhnlich und regelmäßig da befindet, mit Ausnahme der zum Verkauf bestimmten Sachen und der vorhandenen Schuldurkunden; l. 86. pr. D. de leg. II. — l. 41. §. 6. l. 44. l. 78. §. 1. l. 79. §. 1. l. 86. l. 92. D. de leg. III. — l. 32. §. 2. u. 3. D. 33. 2. — l. 18. §. 12. l. 20. §. 6. D. 33. 7. — Böhmer Rechtsfälle Th. III. no. 192., Gottschalk l. c., v. Wening=Ingenheim a. a. O. Vergl. jedoch oben Kap. III. §. 168. z. A. von Auslegung letztwilliger Verordnungen.

Zu 4) Nur was er in Allein= oder Miteigenthum, nicht worauf er blos ein jus in re hatte, daher auch nicht Sachen, die ihm verpfändet waren; l. 9. §. 2. D. 33. 10., v. Wening=Ingenheim a. a. O.

*) l. 4. D. 33. 10. bietet ein Beispiel der Abweichung des römischen vom deutschen Sprachgebrauch dar. Dort heißt es nämlich: rhedae et sedularia suppellectili adnumerari solent. H. z. T. aber werden Wagen und Kutschen so wenig, als Vieh unter Hausmeublen verstanden; s. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Th. III. Abth. II. S. 529. Vergl. Stryck Us. mod. Lib. XXXIII. tit. 10. §. 1.

g) Legatum partitionis.

l. 22. §. 5. D. 36. 1. legari enim posse etiam portionem hereditatis placet nobis.

Eine Erbschaftsquote konnte entweder in Gestalt eines Legats (partitio legata), oder in der Form eines Fideicommisses verschafft werden. Ob Justinian's Gleichstellung der Legate und Fideicommisse blos von Singular= oder auch von Universal=Fideicommissen zu verstehen, mithin die Lehre von der partitio legata eigentlich antiquirt sey, ist controvers. Es bleibt aber nach dem besondern Inhalt eines Testaments die Frage immer noch praktisch, ob der, welchem ein aliquoter Theil der Erbschaft vermacht ist, als Legatar oder als Erbe vielmehr Fideicommissar anzusehen sey? s. civilist. Archiv Bd. II. S. 191., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 269. u. 273., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 556., Höpfner Instit. §. 568., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 745.*)

Einen Fall dieser Art s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 80.

Nachdem A. mit seiner Ehefrau in einem gegenseitigen Testament auf ihr beiderseitiges Absterben die vier Schwestern seiner Ehefrau zu Erben eingesetzt hatte, verordnete er in einer nach seiner Frauen Tod errichteten anderweiten Disposition: er wollte jenes frühere Testament in Ansehung der von ihm dort geschehenen Erbeinsetzung allerdings vollzogen wissen, hiernächst aber bestimmt er, daß seinen vier Halbgeschwistern die Hälfte seiner Verlassenschaft ohne den mindesten Aufenthalt verabfolgt werden solle, und verordnete noch mehrere Vermächtnisse im Betrage von 700 fl. Nun fragt es sich: sind diese 700 fl. auch den Halbgeschwistern an der ihnen ausgesetzten Vermögenshälfte abzuziehen, oder allein von den ausdrücklich als Erben eingesetzten Schwesterkindern der verstorbenen Ehefrau zu tragen? mit

*) Eine hereditatis partitio legata s. fideicommissa wurde von der Leipziger Juristenfacultät in folgendem Fall angenommen: A. setzte 3 seiner Kinder auf den Pflichttheil, die übrigen uneingeschränkt zu Erben ein, in Ansehung der ersteren 3 aber verordnete er weiter: es solle den bereits lebenden und noch erzeugt werdenden Kindern derselben der Betrag dessen zu Theil werden, was in Folge der Berechnung von der ihren Eltern eigentlich, wenn sie nicht auf den Pflichttheil gesetzt worden wären, anfallenden Portion übrig bleibe. Indem nun die Enkel als fideicommissarii particulares betrachtet wurden, blieb die Disposition auch zum Besten der nach des Testators Tod erst erzeugten Enkel wirksam, was nicht der Fall gewesen wäre, wenn sie als directe Erben angesehen worden wären; s. Schwarze u. Heyne Untersuchungen S. 303.

anderen Worten, ist die zu Gunsten seiner vier Halbgeschwister vom Testator getroffene Verfügung für eine directe oder fideicommissarische Erbeinsetzung, oder aber für ein Legat anzusehen? Kapff a. a. O. entschied sich für Letzteres, in Erwägung, daß der Erblasser in der späteren Verordnung nichts an der früheren Erbeinsetzung geändert hatte, vielmehr diese als in einem testamento reciproco geschehen, für unabänderlich angesehen zu haben schien, und eine fideicommissarische Erbeinsetzung deswegen nicht anzunehmen sey, weil die Halbgeschwister nach der Fassung des zweiten Testaments die ihnen bestimmte Hälfte nicht von den Erben, sondern von dem Erblasser empfingen. Es wurde demnach die den Halbgeschwistern zugewandte Vermögenshälfte als titulo legati verschafft angesehen, und die übrigen Legate von 700 fl. blieben den im ersten Testament eingesetzten Erben zur Last. Vergl. Westphal Abhandl. von Vermächtnissen, die auf einen Theil des Nachlasses gerichtet sind, §. 19.

---

h) Legirte jura in re aliena.

1) Wenn Jemandem eine Sache mit dem Beisatz: „zur Benützung" vermacht ist, ist dann der bloße usus fructus oder die Proprietät zugleich mit, folglich die Benützung als Ausfluß des Eigenthums als vermacht anzusehen?
2) Wie unterscheidet sich das Legat der jährlichen Einkünfte eines Guts von dem Legat des Nießbrauchs?
3) Die l. 19. D. 33. 2. und l. 6. pr. D. 7. 5. bestimmen bekanntlich, daß, wenn Einem das Grundstück, einem Andern der usus fructus an derselben Sache vermacht ist, Beide die Nutznießung theilen müssen, wenn der Testator nicht ausdrücklich gesagt hat: Titio fundum detracto usufructu lego; indessen fragt sich, ob dies nicht als dem römischen Formularrecht anhangend und gegen den deutschen Sprachgebrauch streitend h. z. T. unanwendbar, und ob nicht mehr auf die Absicht, als auf die Worte des Testators zu sehen sey?
4) Wenn nun aber Jemandem die Proprietät detracto usufructu vermacht ist, folglich der usus fructus bei dem Erben bleibt, wie lange behält dieser ihn?
5) Kann eine Servitut auch als stillschweigend vermacht gelten?

Anmerkung. Ob, wenn eine servitus viae oder eine ähnliche Servitut ohne nähere Bestimmung vermacht ist, die Wahl des Ortes dem Erben oder dem Legatar zusteht, s. oben Sachenrecht Kap. III. §. 113. zu Fr. 2.

Zu 1) Die meisten Rechtslehrer nehmen gegen die abweichende Meinung in Merenda controv. Lib. IV. cap. 20. und Galvanus de usufructu cap. 23. an, daß nicht bloß die Nutzung, sondern mehr das volle Eigenthum als vermacht anzusehen sey, wenn nicht anders gesagt ist: zum lebenslänglichen Genuß; Voet Comm. ad Pand. Lib. VII. tit. 1. no. 9., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 531. (233.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 920. S. 363., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 33. tit. 2. §. 4., Leyser Sp. 384. Med. 1. cf. l. 4. l. 22. §. 1. D. 34. 1. — l. 15. D. 34. 2.

Zu 2) Ein Legat des Nießbrauchs ist anzunehmen, wenn dieser direct vermacht ist, wodurch der Legatar ein dingliches Recht erhält, daher auch die Gefahr der Capitalien bei dem usufr. nominum trägt; wenn aber das Legat so gegeben ist, daß der Erbe alle Jahre die Einkünfte des Guts dem Legatar abliefern soll, so ist dies blos ein legatum annuorum redituum; der Legatar hat dann nur act. personalem auf jährliche Auslieferung der Früchte gegen den Erben, welcher in der Disposition und im Besitz des Guts bleibt, l. 38. D. 33. 2., und dasselbe sogar verkaufen kann, wenn er den Legatar auf andere Weise für die ihm gebührenden Einkünfte zufrieden stellt; l. 38. l. 41. D. eod. Immerhin hat aber der Erbe, wie bei jedem legato in diem, Caution für den richtigen Abtrag der Zinsen zu leisten, und, wenn er gleich nicht dafür einzustehen braucht, wenn diese ohne seine Schuld inexigibel werden, doch culpam zu prästiren; s. Glück Thl. IX. S. 192. u. 409., Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. I. no. 33., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. VII. tit. 1. §. 9., v. Hartitzsch Entscheidungen 2c. no. 246.

Zu 3) Gegen die heutige Anwendbarkeit sprechen Voet Comm. ad Pand. Lib. VII. tit. 1. §. 8., Struben rechtl. Bedenken Th. V. no. 110., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1490., Francke Obs. de jure legat. et fideic. spec. I. c. 2. pag. 14., für dieselbe Glück Thl. IX. S. 191., Leyser Sp. 384. Med. 3., Müller ad Leyser. T. IV. Fasc. I. Obs. 603., Thibaut System §. 905. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 531. (233.), v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 554., denn der Begriff der mit dem Eigenthum verbun-

denen Befugnisse ist h. z. T. ja kein anderer geworden. Der legatarius ususfructus kann daher den im Eigenthum begründeten ususfructus nicht ausschließen, so lange nicht bestimmt hervorgeht, daß der Testator den letzteren ausschließen wollte.

Zu 4) Nach Justinians Entscheidung in l. 14. C. 3. 33. nur so lange der Erbe lebt, oder er desselben nicht aus anderen Gründen verlustig wird; er gilt also immer nur für den Erben des ersten Grades. Ob dieser ususfructus formalis wenigstens dann, wenn der unmittelbare Erbe stirbt, ehe derselbe noch in seiner Person den Anfang genommen hat, an die Erben der Erben komme, z. B. wenn der Erbe das Grundstück, von welchem ihm der Nießbrauch vorbehalten ist, dem Legatar erst nach 10 Jahren übertragen soll, oder wenn die Proprietät deducto usufructu sub conditione legirt ist, und der Erbe pendente conditione stirbt, wo er also den ususfructus formalis noch nicht beginnen konnte, weil dieser erst dann begründet wird, wenn er vom Eigenthum getrennt ist, hierüber entscheidet l. 26. D. 33. 2. nach der muthmaaßlichen Willensmeinung des Testirers, daß nicht auch dem Erben der Erben der Nießbrauch zugewendet werden wollte; vergl. l. 36. §. 1. D. 7. 1., Glück Thl. IX. S. 316.

Ueber die Möglichkeit der Accrescenz bei dem legatum usus s. v. Vangerow a. a. O. §. 554., Griesinger Beweis, daß das Anwachsungsrecht bei der Personaldienstbarkeit des usus stattfinden könne; über die Eigenheiten des Accrescenzrechts beim usus und beim ususfructus formalis s. vorzüglich v. Vangerow a. a. O., Schneider Anwachsungsrecht bei Legaten S. 283., Glück a. a. O. S. 282., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 616. Ueber einen anderen hier in Betracht kommenden Fall s. oben Kap. III. §. 161. zu Fr. 7.

Zu 5) Dies ist der Fall, wenn die vermachte Sache zu einer andern Sache des Testators bei dessen Lebzeiten in einer solchen Verbindung gestanden und benutzt worden ist, daß letztere ersterer diente; l. 1. D. 33. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. §. 531. (235.)

---

i) Legatum debiti, legatum nominis und legatum liberationis.

Dig. XXXIII. 4. de dote praelegata. Dig. XXXIV. 3. de liberatione legata.

1) Inwiefern kann es von Nutzen seyn, wenn ich Jemandem das, was ich ihm schuldig bin, vermache? (legatum debiti). —

Kann der Legatar nun insbesondere auch dann etwas fordern, wenn ich ihm in der That nichts schuldig bin?

2) Wenn ich meinem Gläubiger die Sache, welche ich ihm zum Pfand gegeben hatte, vermache, ist damit meine Schuld an ihn als vermacht anzusehen, oder muß diese von meinen Erben noch daneben entrichtet werden? desgleichen wenn ich meinem Gläubiger so viel vermache, als ich ihm schuldig bin, bleibt da doch die Schuld noch neben dem Legat bestehen?

3) Wenn ich Jemandem eine Schuldforderung vermache, welche ich entweder an ihn selbst oder an einen Dritten zu haben behaupte (legatum nominis), so ist dieses Vermächtniß in der Regel unwirksam, wenn die Schuld gar nicht besteht, denn der Erbe ist ja nicht zu einer Gewährleistung, sondern nur dazu verbunden, dem Legatar die Geltendmachung der Forderung zu überlassen, l. 75. §. 1. u. 2. D. de leg. I. aber zweifelhaft wird es doch in dem Fall, wenn die Schuld wenigstens zur Zeit der Testamentserrichtung wirklich bestanden, der Testotor aber sie späterhin heimgezogen und das Geld anderweit ausgeliehen oder etwas dafür angekauft hat, oder wenn die Forderung nur durch spätere Gegenforderungen, über welche sich der Erblasser mit dem Schuldner nicht berechnet hatte, erloschen ist?

4) Was ist der Legatar zu verlangen berechtigt,
   a) wenn ihm der Erblasser eine ihm gegen irgend Jemand zugestandene alternative Forderung vermacht hat, oder wenn
   b) für jeden der alternativen Gegenstände ein besonderer Legatar ernannt ist?

5) Was hat der Erbe zu prästiren, wenn eine Correal-Obligation Mehreren vermacht ist?

6) Ein Testator hatte also verfügt: „dem A. vermache ich 2000 Thlr., welche derselbe aus denen in R. ausstehenden Capitalien erheben soll." Wenn sich nun diese als inexigibel erweisen, so entsteht die Frage: ist dieses als ein legatum nominis, dessen Gefahr den Legatar trifft, oder als ein legatum quantitatis pecuniae, welches der Erbe unter allen Umständen zu prästiren hat, anzusehen?

7) Gehören dem, welchem eine Schuldforderung vermacht ist, auch die vor dem Tod des Testators in Ausstand verbliebenen Zinsen?

8) Wird das legatum liberationis ungiltig, wenn die Schuld schon bei Lebzeiten des Erblassers vom Legatar heimgezahlt worden ist?
9) Wenn dem Schuldner die Liberation vermacht ist, kommt diese auch dessen Bürgen oder auch den correis debendi zu statten?
10) Wenn dem Schuldner die Erlassung alles dessen, was er dem Erblasser schuldig geworden ist, vermacht wurde, wirkt diese Liberation auch auf dasjenige, was der Schuldner dem Erblasser erst nach der Testamentserrichtung schuldig geworden ist?
11) Ist das Liberationslegat für entzogen zu achten, sobald der Gläubiger den Schuldner gerichtlich auf Heimzahlung seiner Schuld belangt?

Zu 1) Bin ich wirklich des Legatars Schuldner, so kann ihm mein Vermächtniß allerdings insofern nutzen, als nun seine Forderung an mich zur vollen Liquidität erhoben und der Beweislast überhoben wird, ferner durch Gewinnung eines mit jedem Legat verbundenen Pfandrechts, oder auch durch Purification einer bedingten oder betagten Schuld. — Bin ich ihm jedoch nichts schuldig, habe aber eine bestimmte Quantität unter der Benennung einer Schuld vermacht, so muß mein Erbe sie dennoch an den Legatar auszahlen. Da heißt es: Falsa demonstratio non nocet, l. 25. D. 34. 3. — l. 88. §. 10. D. de leg. II. — l. 75. §. 1. D. de leg. I. Wenn ich aber gesagt habe: ich vermache dem A., was ich ihm schuldig bin, und bin ihm doch nichts schuldig, dann kann begreiflich aus nichts nicht ein Etwas werden. Arndts Pand. §. 576. sub 3.

Zu 2) Wenn nicht eine andere Intention des Erblassers erwiesen werden kann, so wird darin, daß er dem Gläubiger das gegebene Pfand vermacht, kein legatum debiti vermuthet, vielmehr behält der Gläubiger (Legatar) immer noch seine Forderung neben dem ihm vermachten Pfand. So auch, wenn ich meinem Gläubiger eben so viel vermache, als ich ihm schuldig bin, bleibt neben dem Vermächtniß doch noch seine Forderung an mich bestehen, und also meinem Erben zur Last, wenn nicht eine andere Intention des Testators bewiesen werden kann; l. 85. D. de leg. II. — l. 16. C. 6. 37., Puchta Pand. §. 532. s.

Nur wenn der Vater seiner Tochter die dos schuldig geblieben ist, muß sie sich das erhaltene Legat darauf abrechnen lassen; l. 22. §. 3. D. 24. 3. — l. 84. §. 6. D. de leg. I.

Zu 3) In der Regel ist das Legat eben so unwirksam, wenn die vermachte Schuld noch bei Lebzeiten des Erblassers durch Solution getilgt ist, als wenn sie gar nicht bestanden hat; §. 21. J. 2. 20. — l. 75. §. 2. D. de leg. I. et si vivus exegissem, extingueretur legatum. Dasselbe muß consequent auch behauptet werden, wenn das legirte nomen sich durch eine von dem Erblasser noch bei Lebzeiten mit dem Schuldner wegen einer Gegenforderung desselben gepflogene Abrechnung gehoben hat. Das Vermächtniß einer nicht wirklich vorhandenen Schuld ist gleich unwirksam, der Gegenstand des Schuldvermächtnisses mag nun entweder nie existirt oder noch bei Lebzeiten des Testators zu existiren aufgehört haben; vergl. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 151. u. 325.*) Mit Recht tadelt daher Seuffert in Zu-Rhein und Sartorius' Sammlung merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 1. eine contra duas conformes gefällte Entscheidung des K. Bayerischen Oberappellationsgerichts, welche die l. 75. §. 1. u. 2. D. de leg. I nur von dem zweiten Falle verstanden wissen wollte, und hält es nicht für zu gewagt, die Richtigkeit einer andern daselbst S. 5 ꝛc. angeführten Entscheidung, wodurch der Erbe in drei Instanzen gleichförmig zur Entrichtung eines legirten, aber nie existent gewesenen Capitals verurtheilt wurde, ungeachtet der tres conformes noch in Zweifel zu ziehen. Nur so viel kann rücksichtlich einer vermachten, aber bei Lebzeiten des Schuldners und erst nach der Testamentserrichtung abgezahlten Schuld zugestanden werden, daß die begleitenden Umstände es

---

*) Nicht uninteressant scheint folgender Rechtsfall. A. legte seinem Erben B. im Testamente auf, „dem C. 500 Thlr. Legat zu zahlen von denjenigen 1000 Thlrn., die B. ihm, dem A., schuldig sey." B. trat die Erbschaft an; auf des C. act. legati personalis leugnete er aber jede Schuld an A. Hier ist kein legatum nominis zu finden. Denn wenn der Erbe selbst der Schuldner des Erblassers ist, so wird durch die Erbschaftsantretung Confusion erzeugt. Wohl aber muß dem Legatar die act. person. ex testam. gegen den Erben auf Das zustehen, was dieser dem Erblasser schuldete, l. 21. D. 34. 3, wobei er jedoch die Existenz der Forderung und deren Betrag beweisen muß: arg. §. 4. J. 2. 20. Die Erbschaft wurde durch das Legat vermindert, was eben den Charakter des Vermächtnisses ausmacht. Die Erwähnung der Forderung des Testirers an den Erben kann nicht als bloße demonstratio, als bloße Anweisung des Zahlungsmittels angesehen werden, sondern das Vermächtniß erscheint arg. l. 72. D. 35. 1. als eine von dem Testirer an den Gewinn, welchen der Erbe durch Confusion machen würde, geknüpfte Last, welche das Bestehen einer solchen Forderung voraussetzt; mithin hat der Legatar den Beweis der Existenz derselben, als der Bedingung der Giltigkeit des Vermächtnisses, zu übernehmen; s. Erk. d. O.-A.-G. in Jena im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1852.

zweifelhaft machen können, ob der Erblasser den Gegenstand des Vermächtnisses mit oder ohne die Absicht, das Legat zu extinguiren, eingezogen habe. Dann aber muß der Legatar beweisen, daß die Einziehung nicht in dieser Absicht geschehen sey; l. 31. §. 3. D. 34. 4. Eine gesetzliche Vermuthung kommt ihm aber dann zu Statten, wenn der Erblasser das vom Schuldner ihm von freien Stücken heimgezahlte Geld zurückgelegt und besonders aufbewahrt hat; l. 11. §. 13. D. de leg. III. Mehrere Vermuthungsgründe läßt das Preuß. Landrecht Th. I. Tit. 12. §. 411. u. 413.*) zu, welche gemeinrechtlich wenigstens dann nicht ganz unberücksichtigt bleiben dürften, wenn man mit Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 925. S. 372. not. 3. anzunehmen geneigt ist, daß hiebei vieles auf verständigem Ermessen des Richters beruhe. Unstreitig ist übrigens, daß das legatum nominis durch eine mit demselben vorgenommene Novation nicht aufgehoben werde; l. 76. §. 3. D. de leg. II., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 532. (237.), Schweppe a. a. O.

Zu 4) Es ist zu unterscheiden:

---

*) Wird die Schuld nur durch Gegenforderungen aufgehoben, die nach dem Zeitpunkt, da das Legat ausgesetzt worden, entstanden sind, und worüber sich der Erblasser mit dem Schuldner nicht berechnet hatte, so kann der legatarius den Betrag des Hauptstuhls aus der Masse fordern. Eben das gilt, wenn der Testator das für die vermachte Schuld eingegangene Geld sogleich in eben derselben oder in minderer Summe wieder ausgeliehen hat. Es wird im ersten Fall angenommen, daß sich das Vermächtniß der Schuldforderung in ein Geldvermächtniß aufgelöst habe; s. Bielitz Commentar Bd. III. S. 164. Im letzteren Fall mag auch wohl in einigen Betracht kommen, daß das Object des Vermächtnisses ja doch in die Hände des Erben gelangt ist; entscheidend wäre dieser Grund nach den übereinstimmenden Gesetzen (l. 75. §. 2. l. 82. §. 5. D. de leg. I. — l. 21. D. 34. 3.) doch nur dann, wenn die Forderung erst nach dem Tod des Erblassers sich so aufgehoben hätte, daß der Betrag derselben an den Erben kommt. Das Oesterreichische Gesetzbuch läßt den vermutheten Widerruf eines Legats lediglich durch eine Handlung freier Willkür von Seite des Erblassers, wodurch die Existenz des Gegenstandes aufgehört hat, bedingt werden: §. 724. „Ein Legat wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben; wenn er die Jemandem zugedachte Sache veräußert und nicht wieder zurück erhalten, oder wenn er sie auf eine solche Art in eine andere verwandelt hat, daß die Sache ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Namen verliert.“ — §. 725. — „Wenn aber der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe berichtigt hat, wenn die Veräußerung des Legats auf gerichtliche Anordnung geschehen, wenn die Sache ohne Einwilligung des Erblassers verwandelt worden ist, so besteht das Legat.“

zu a) ob die alternative Forderung von der Art ist, daß der Schuldner oder daß der Gläubiger die Wahl hat. Im ersten Fall, und wenn nicht die Forderung selbst, sondern nur einer der alternativen Gegenstände vermacht ist, kann der Legatar nur vom Erben verlangen, daß er die Forderung geltend mache, und dann hängt es von der Wahl des Schuldners ab, ob der Legatar etwas erhält oder nicht; l. 75. §. 4. D. de leg. I. — l. 50. §. 1. D. de leg. II, v. Buchholz Lehre v. d. Prälegat. S. 599. Hat aber der Gläubiger die Wahl, so hat sie auch der Legatar. Arndts Pand. §. 576. sub 1.

Zu b) In diesem Fall erhält der eine von den beiden Legataren die Forderung, der andere die Aestimation seines Gegenstandes von dem Erben; l. 76. D. de leg. I., Puchta Pand. §. 532. h.

Zu 5) Hierüber entscheidet l. 82. §. 5. D. de leg. I. also: „Jemandem sind Cajus und Lucius zusammen eine Summe Gelds schuldig; wenn er nun folgende Vermächtnisse macht: was mir Cajus schuldig ist, soll mein Erbe dem Sempronius geben; was mir Lucius schuldig ist, soll mein Erbe dem Maevius geben, so hat er seinen Erben in die Lage gesetzt, daß er dem Einen seine Klagen gegen Cajus und Lucius abtreten und dem Andern den Werth der Forderung zahlen muß."

Zu 6) Unzweifelhaft ist wohl der Grundsatz: heres in legato nominis legatario evictionem non praestat, nisi nomen saltem demonstrationis causa adjectum sit. Ob aber Letzteres der Fall ist oder nicht, wird in der Beurtheilung je nach der Wortfassung nicht selten zweifelhaft; s. l. 88. §. 8. D. de leg. II. Haubold de legato nominis meint, es komme darauf an, ob beides in Einem Satz oder disjunctive ausgedrückt sey; cf. Müller ad Leyser T. IV. Fasc. I. Obs. 611. In dem der Frage unterstellten Fall erkannte der Schöppenstuhl in Jena auf unbedingte Leistungsverbindlichkeit des Erben, wogegen jedoch Schmidt Hinterlassene Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 278. dem Erben den Beweis noch offen läßt, daß der Erblasser das Legat überall nicht angeordnet haben würde, wenn er gewußt hätte, daß die ausstehenden Schulden inexigibel würden; arg. l. 72. §. 6. D. 35. 1. — Leyser Sp. 393. Med. 2. erzählt folgende Disposition eines Erblassers: meinem Bruder vermache ich 200 Thlr. Species, welche ihm baar aus meiner Erbschaft bezahlt werden sollen, und 1000 Thlr. Münz, welche er aus den T'schen Zinsen erheben soll. Da der debitor assignatus zahlungsunfähig befunden wurde, so verlangte der Legatar die 1000 Thlr. vom Erben. Die Wittenberger Facultät urtheilte conform mit den Gerichten in Frankfurt, der Erbe

sey von der Klage zu entbinden, wofern nicht der Legatar beweisen würde, daß der Erblasser die 1000 Thlr. allenfalls aus der Erbmasse prästirt wissen wollte; Leyser fügt indessen bei: at nunc, re rectius cogitata, dubitare incipio, an secundum leges tum judicaverimus, und gewiß wäre es den Gesetzen angemessener gewesen, die angewiesenen Capitalien nur demonstrationis causa beigesetzt zu betrachten; l. 27. §. 2. D. de leg. III. — l. 12. D. 34. 1. — Einen ähnlichen Fall s. Zu=Rhein u. Sartorius Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Bd. I. S. 1. Der Testator hatte verordnet: „meiner Köchin sollen bis an das Ende ihres Lebens von den Zinsen des bei der Gemeinde A. angelegten Capitals von 1200 Fl. jährlich 50 Fl. gegeben werden.“ Nun hatte aber der Testator gar kein Capital bei der Gemeinde A. angelegt gehabt; er war erst nach Errichtung des Testaments dahin gezogen, wollte vielleicht ein Capital da anlegen, starb aber in der ersten Woche seines dortigen Aufenthalts, jedoch mit Hinterlassung einer Baarschaft von etlichen Tausend Gulden. Der oberste Gerichtshof entschied gegen zwei conforme Erkenntnisse, durch welche die legataria abgewiesen war, für ein legatum alimentorum mit unrichtiger Anweisung des Fonds, welche aber als falsa demonstratio der Giltigkeit des Legats selbst nicht schade.

Diese Entscheidung wäre unzweifelhaft rechtsgemäß gewesen, wenn der Testator gesagt hätte: meine Köchin soll jährlich zu ihrem Unterhalte 50 fl. bekommen; diese 50 fl. soll mein Erbe aus den Abzinsen des bei der Gemeinde A. angelegten Capitals nehmen. In diesem Fall wäre l. 12. D. 34. 1. ganz anwendbar gewesen. Allein der Erblasser hatte die Zinsen des fraglichen Capitals nicht als Mittel zum Zwecke der Erfüllung, sondern geradezu als den Gegenstand des Vermächtnisses selbst bezeichnet. Die Erwähnung der Zinsen des bei der Gemeinde A. angelegten Capitals hat nicht blos die Eigenschaft einer falsa demonstratio; denn sie erscheint nach der Fassung des Testaments nicht als Nebenbezeichnung oder Nebenbestimmung, sondern sie enthält die hauptsächliche unmittelbare Angabe des dem Legat bestimmten Gegenstandes. Aus diesen Gründen hält Seuffert die Entscheidung den Rechten nicht gemäß; s. Zu=Rhein a. a. O. Bd. II. S. 1., cf. l. 75. §. 2. D. de leg. I. inter falsam demonstrationem et falsam causam multum interest.

Zu 7) Unstreitig; l. 34. pr. D. de legat. III. sagt: videri universam ejus nominis obligationem legatam.

Zu 8) Es ist nun, ungeachtet vieler früherer gelehrter Streitigkeiten, über welche auch Braun in seinen Dictaten zu Thibaut

§. 754. nur trübe sieht, wohl als ziemlich allgemein anerkannt zu erachten, daß die Liberation von einer nicht existirenden Schuld, sollte diese auch vom Testator in Zahlen oder sonst ausgedrückt seyn, wirkungslos bleiben müsse; s. besonders Arndts ad leg. 25. Dig. de liberatione legata Diss. Berol. 1825., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. S. 300., Gottschalk Discept. for. T. III. no. 2. und die Lehrbücher von Schweppe, v. Wening=Ingenheim, Puchta §. 532., v. Vangerow Bd. II. §. 555. u. a. m.*)

Dies gilt sowohl, wenn der Testator seinen eigenen Schuldner, als wenn er den Schuldner eines Dritten liberirt, welchen der Erbe dann statt des Schuldners befriedigen müßte, wenn die Schuld wirklich bestände, s. Geiger u. Glück Rechtsfälle Bd. I. no. 2., und die von Manchen für den ersten Fall gemachte Distinction, ob der Testator die Schuld, welche früher wirklich bestanden hatte, aus Noth oder ohne Noth eingezogen hat, s. Höpfner Instit. §. 563., Crell Diss. legatum liberationis solutione spontanea non extingui §. 3., vid. ejusd. Diss. et Progr. Fasc. VII. no. 52., läßt sich aus den Gesetzen nicht begründen; l. 7. §. 4. l. 21. pr. D. 34. 3. — l. 187. D. 50. 16.

Zu 9) Die Liberation kommt allerdings den Bürgen zu statten, insofern sie einen Regreß an den Hauptschuldner haben, ausgenommen, wenn sie socii sind, denn correis debendi kann sie nicht zu Gute kommen; l. 2. pr. l. 5. pr. D. 34. 3. — l. 31. §. 3. D. eod., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 532. (238.), Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 928.

Zu 10) Das Legat der Schuldbefreiung kann nicht auf später erst entstandene Schulden ausgedehnt werden; l. 28. §. 1. l. 31. §. 4. u. 5. D. 34. 3. — v. Wening=Ingenheim a. a. O.

Zu 11) Zwar erachten mehrere Rechtsgelehrte in diesem Fall das Legat für factisch widerrufen, s. Struv D. de tacita legatorum

---

*) Vergl. auch Wächter in der Tübinger krit. Zeitschr. Bd. II. S. 186., Bynckershoeck Obs. VI. 25., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. II. S. 294. zur Erklärung der einschlagenden Gesetze l. 75. §. 1. u. 2. D. de leg. I. — l. 25. D. 34. 3. Eine andere als diese auf den muthmaßlichen Willen des Erblassers gegründete Entscheidung würde nur durch ganz besondere Umstände gerechtfertigt werden. Z. B. der Erblasser will jedem seiner Brüder, A. und B., 1000 Fl. vermachen, dem A. soll sie der Erbe zahlen, dem B. eine Schuld von 1000 Fl. nachlassen. Er irrte sich, der B. war nichts schuldig, hier muß der Erbe auch dem B. zahlen. Dies gilt aber auch beim legatum nominis unter gleichen Umständen; cf. l. 21. pr. D. 34. 3. — l. 7. §. 2. 4. l. 24. pr. l. 31. pr. eod. — Arndts l. c. pag. 9. etc.

ademtione §. 49., Westphal System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten 2c. P. I. Sect. V. §. 205., Voet Comm. ad Pand. Lib. XXX. §. 23.; doch möchte die Meinung überwiegen, daß die Eintreibung der Schuld nicht immer und absolut für ein hinlängliches Zeichen der Willensänderung gelten könne; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 34. tit. 4. §. 12., Haubold Diss. de legato nominis §. 10., Crell Diss. cit. §. 3. in ej. Diss. et Progr. Fasc. VII. no. 52. Nur von der wirklich eingetriebenen Schuld sagen die Gesetze: tunc evanescit legatum liberationis; l. 7. §. 4. l. 21. pr. D. 34. 3.*) Bei dem legatum nominis finden sich sogar Beispiele, daß selbst die vollzogene Eintreibung der vermachten Forderung nicht immer auf den animus adimendi legatum schließen lasse; l. 11. §. 13. D. de leg. III. — l. 23. l. 31. §. 3. D. 34. 4. Man muß daher wohl mit Gottschalk Disc. for. Tom. III. pag. 23. etc. annehmen, daß nicht aus dem factum exactionis, sondern aus den Umständen, unter welchen es geschehen, die Entscheidung zu schöpfen sey, und auch dabei kommt noch wohl in Betracht, wie Gottschalk lehrt: in aestimanda autem testatoris voluntate inprimis est cavendum, ne alius liberetur, quam cui commodo esse ipse voluerit, worüber folgender instructiver Fall angeführt wird. Eine Mutter hatte im Concurs ihres Sohnes mehrere Forderungen eingeklagt; bald nachher aber in einem Testamente ihre Kinder zu Erben eingesetzt, mit dem Anfügen: „Sollten bei meinem Ableben in meinem Nachlaß Rechnungen, Obligationen und Wechsel sich vorfinden, aus welchen sich ergäbe, daß meine jetzt lebenden Kinder oder deren Ehemänner von mir baares Geld geliehen erhalten oder Waaren käuflich empfangen und nicht bezahlt haben, so sollen alle diejenigen Rechnungen, Obligationen und Wechsel, welche von einem früheren Dato sind, als dieses Testament, hiemit annullirt seyn und nicht die mindeste Zahlungsverbindlichkeit haben."

Das Concursgericht fand sich veranlaßt, eine Convocation der Gläubiger zum Zweck ihrer unter sich zu treffenden gütlichen Massavertheilung zu veranstalten, hier protestirte nun aber die Mutter gegen einen Erlaß ihrer Forderungen. Der Concursproceß nahm also seinen Fortgang. Im Stadium des Beweises, welchen die Mutter über die Richtigkeit ihrer Forderungen führen sollte, starb sie. Nachdem nun ihre Kinder den Beweis an ihrer Statt angetreten hatten, erhob der

*) Sehr richtig erfordert auch das zur Fr. 3. angeführte österreichische Gesetzbuch nicht nur, daß der Erblasser die Schuld eingetrieben, sondern daß er sie auch erhoben; s. v. Zeiller Commentar zu §. 724.

Contradictor aus Anlaß des mittlerweile zur Publication gelangten Testaments die Einrede der Remission, wurde aber durch Erkenntniß zweier Instanzen abgewiesen.

Die Entscheidungsgründe lauteten: „Bei dem Liberationslegat müsse hauptsächlich darauf Rücksicht genommen werden, zu wessen Besten die Befreiung ertheilt sey, die Mutter hatte aber ausdrücklich den Erlaß der Forderung zum Besten der übrigen Gläubigerschaft ihres Sohnes verweigert, mithin konnte die angeführte Stelle ihres Testaments blos zum Besten ihrer Kinder ausgelegt werden, und es konnte dagegen nichts entscheiden, daß zur Zeit, da sie das Testament errichtete, der Concurs über das Vermögen ihres Sohnes schon ausgebrochen war, denn sie konnte demungeachtet hoffen, die beabsichtigte Fürsorge für ihre Kinder zu erreichen. Der Ausgang des Concurses stand ja wohl im Weg der Güte noch bei ihren Lebzeiten zu erwarten und dann konnte das Liberationslegat bei der Erbtheilung doch ihrem Sohne selbst zum Vortheil gereichen."

---

k) Legatum dotis constituendae.

Bei demselben kann, wenn einem ledigen Frauenzimmer etwas zum Heirathsgut vermacht wird, die Frage entstehen:

1) ob dasselbe im Zweifel als ein bedingtes oder als ein Vermächtniß sub modo anzusehen sey?
2) Kann dasselbe auch dann gefordert werden, wenn die Ehe durch Schuld eines Theils nicht zu Stande kommt?
3) Gilt dasselbe auch dann, wenn eine bestimmte Summe oder ein Gegenstand des Heirathsguts nicht angegeben ist?

Zu 1) Die Wortfassung muß zwar hierüber hauptsächlich entscheiden; es ist daher zunächst quaestio facti. In dem Fall, wenn der Vater seiner Tochter ein Heirathsgut vermacht, will v. Ende in den jurist. Ausführungen no. XXIII. unstreitig ein legatum purum angenommen wissen, es ist aber in der dafür angeführten l. 71. §. 3. D. 35. 1. nur so viel zu finden, daß die dos alsdann der Tochter verbleibt, wenn der ihr vom Testator ausersehene Mann sie nicht heirathen will. Eher kann wohl beim instructus muliebris ein legatum purum angenommen werden, weil dieser nicht in nothwendiger Be-

ziehung zur Verehelichung steht, sondern auch in anderen Fällen zweckerforderlich ist, z. B. bei Aufnahme der Tochter in ein Stift, Kloster, zur Errichtung eigenen Haushalts; Nov. 123. §. 37., v. Ende a. a. O., Glück Thl. XXIV. S. 434. Uebrigens geht der Streit blos dahin, ob conditio oder modus anzunehmen sey, scheint aber von keiner großen Erheblichkeit, weil doch der modus eben so wie conditio erfüllt werden muß. Die Autoritäten für die eine, wie für die andere Meinung s. die Lehrbücher von v. Wening=Ingenheim Bd. III. §. 533., Schweppe Bd. V. §. 924., Höpfner Instit. §. 565. not. 1., Walch Controv. jur. civ. pag. 247.

Zu 2) Der Mann kann dasselbe begreiflicher Weise nicht fordern, weil für ihn ein Heirathsgut absolut nicht ohne Ehelichung erworben werden kann, wohl aber die Frauensperson, wenn sie nicht Schuld trägt, daß die Ehe nicht zu Stande kam; l. 71. §. 3. D. 35. 1. — l. 43. D. de leg. III., Westphal von einzelnen Vermächtnissen §. 275. v. Wening=Ingenheim a. a. O.

Zu 3) Allerdings, indem dann die Bestimmung der Größe ein Gegenstand des arbitrium boni viri ist; l. 43. D. de leg. III.

---

§. 198.

10. Wegfall des Vermächtnisses und Folgen hievon; insbesondere vom Accrescenzrecht.

Ein Vermächtniß kann wegfallen:

I. wenn es caducum wird, z. B. durch später eingetretene Unfähigkeit des Legatars, ein Legat zu erwerben, oder durch dessen früheren Tod, oder durch den Nichteintritt der beigefügten Bedingung;

II. durch Ungiltigkeit des Testaments*) — wenn gleich der Grund der Ungiltigkeit zunächst nur die Erbeinsetzung betrifft, l. 1. §. 1. in f. D. de leg. III. — l. 2. C. 6. 39. — l. 181.

---

*) Dabei kommt vorzüglich die Frage in Betracht, ob die regula Catoniana — ihre unbestrittenen Ausnahmen abgerechnet — überhaupt noch im Justinianeischen Recht Geltung habe? Von neueren Rechtsgelehrten verneinen dies: Schömann Handb. Bd. II. S. 168., Löhr Magazin Bd. III. S. 196., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 270., Guyet Abhandl. aus dem Civilr. no. 5., Thibaut System §. 959., Hugo Rechtsgeschichte S. 1003 u. 1026., Schilling Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte S. 24., Valett

D. 50. 17. cf. l. 9. D. 26. 2., Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 301. — oder auch der Anordnung des Legats selbst, z. B. wegen Verstoß gegen das SCt. Libonianum, wegen mangelnder testamentifactio des Honorirten, wegen gänzlicher Unverständlichkeit der Anordnung, und sonst dergleichen legata, quae pro non scriptis habentur;

III. durch das Hinwegfallen des Onerirten wird zwar gewöhnlich auch das Vermächtniß ungiltig, aber doch nicht immer; es fragt sich demnach, in welchen Fällen dasselbe gleichwohl bestehen bleibt.

Ohne Bedenken kann man dies behaupten:

a) wenn dem ausfallenden Erben ein Anderer vulgariter substituirt ist, denn dann muß dieser im Zweifel die dem instituto auferlegten Vermächtnisse prästiren, insofern nicht der entgegengesetzte Wille des Testators ausgesprochen ist, oder sonst aus den Umständen erhellt; l. 74. D. de leg. I. — l. 5. D 28. 6.

b) Wenn ein giltig errichtetes Legat ex post wegfällt, muß der Erbe die mit diesem ihm nun heimfallenden Legat verbundenen onera entrichten; l. 29. D. de leg. II. Dagegen von Vermächtnissen, welche von Anfang an ungiltig sind, sagt Justinian, sie verbleiben dem Erben, ohne daß dieser die hinwiederum dem Legatar auferlegten Vermächtnisse zu entrichten braucht. Doch ist hievon der Fall ausgenommen, wenn das onerirte Legat aus dem Grunde ungiltig ist, weil der Legatar es sich selbst im Testament zugeschrieben hat; denn die Strafe des SCt. Libonianum kann natürlich nur den Legatar, welcher dagegen fehlte, und nicht auch den unschuldigen zweiten Vermächtnißnehmer treffen; l. 5. D. 34. 8. Auch der Intestaterbe, welcher ein ihm durch

---

Lehrb. §. 11(8. Dagegen wird die von den älteren Rechtsgelehrten schon dieser Regel widerfahrene bleibende Anerkennung neuerlich gerechtfertigt von Harnier Diss. de reg. Caton. Heidelb. 1820., Mackeldey Lehrb. §. 721., Zimmern in Schunk's Jahrb. Bd. XII. S. 45., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 413. u. im civil. Archiv Bd. X. S. 328., Müller daselbst Bd. XIV. no. 13., Arndts im Rhein. Museum Bd. V. no. 9., Schroeter Obs. jur. pag. 103., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 882., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 778., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 472. (103.), Göschen Vorlesungen §. 1006., Puchta Pand. §. 522., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 540., v. Keller Pand. §. 585. a. E.

ein Codicill auferlegtes, aber hinwegfallendes Vermächtniß behält, muß die diesem auferlegten onera eben so wie der Testamentserbe prästiren, wenn nicht das onerirte Vermächtniß pro non scripto zu achten war; cf. l. 61. §. 1. D. de leg. II. — l. 4. C. 6. 49. Dies ist aber nur von demjenigen Intestaterben zu verstehen, welchen der Erblasser als den ihm zunächst stehenden wirklich honorirt hat; denn kommt nicht dieser zur Succession, sondern ein Nachstehender, so hat der keine Obliegenheit dazu, l. 1. §. 9. D. de leg. III., sofern nicht der Testirer das Vermächtniß generell angeordnet hat, ohne einen bestimmten damit belasteten Intestaterben zu bezeichnen; l. 3. pr. l. 16. D. 29. 7.

c) Wenn ein Erblasser einen Intestaterben als seinen alleinigen Erben beschwert, während dieser nicht allein, wie der Erblasser bei Einrichtung des Legats geglaubt hatte, sondern mit Andern succedirt — welche etwa erst später nachgeboren, oder todt geglaubt wurden, so kann der nicht onerirte Miterbe gar nicht, der wirklich onerirte aber nur pro parte verpflichtet seyn, aber auch diese Verpflichtung fällt weg, wenn das Vermächtniß untheilbar ist; l. 19. D. 29. 7. — l. 77. §. 29. D. de leg. II. — l. 11. §. 2. D. 35. 2. — l. 75. pr. D. 36. 1., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 913.

d) Von der — wie früher bemerkt wurde — auch bei der Abstention eines suus geltenden Regel: si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur, gelten zu Gunsten der im Testament oder in einem testamentarischen Codicill angeordneten Vermächtnisse folgende Ausnahmen:

1) wenn dem Testament die Codicillarclausel beigefügt war, d. h. wenn der Testirer ausdrücklich für diesen Fall die Intestaterben onerirte; vorausgesetzt, daß die Formen und übrigen Erfordernisse eines Codicills beobachtet wurden. Doch hilft die Codicillarclausel nicht, wenn das Testament durch die qu. inofficiosi rescindirt wird; l. 36. D. de leg. III.

2) Wenn die Intestaterben in einem ungiltigen*) Testament eingesetzt sind, so brauchen sie zwar die darin an=

*) Daß der in einem giltigen Testament eingesetzte Intestaterbe, wenn er omissa causa testamenti als Intestaterbe succediren will, demungeachtet die Legate entrichten müsse, ist bekannt.

geordneten Vermächtnisse nicht zu leisten, l. 81. D. de leg. II., doch macht l. 77. §. 23. D. de leg. II. eine Ausnahme, wenn der Erblasser sie beschwört (cum jurisjurandi religione rogat), die Vermächtnisse auszuzahlen.

3) Nach einer singulären Vorschrift in l. 92. D. 28. 5. — l. 28. D. 5. 2. schadet der Irrthum des Testirers, wenn dieser nämlich sich deswegen einen andern Erben ernannte, weil er irriger Weise glaubte, daß der in einem früheren Testament Ernannte oder auch sein gesetzlicher Erbe gestorben sey, blos dem aus Irrthum eingesetzten Erben, aber Jene, welche nun die Erbschaft bekommen, welche der Testator ihnen nur aus Irrthum entzogen hatte, müssen gleichwohl die in dem irrig errichteten Testament enthaltenen Vermächtnisse entrichten.

4) Daß die Vermächtnisse dadurch nicht wegfallen, daß der Testator in Ansehung der Berücksichtigung der Notherben gegen die Vorschriften der Nov. 115. gefehlt hat, ist schon in der Inofficiositätslehre bemerkt.

5) Wenn der eingesetzte Erbe in der arglistigen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln, und ohne anderen rechtfertigenden Grund die testamentarische Erbschaft ausgeschlagen hat, so können nach Bestimmung des prätorischen Edicts jene Vermächtnisse geltend gemacht werden, sowohl gegen den Omittenten selbst, insofern dieser auf andere Weise, z. B. als Intestaterbe — nicht aus einem singulären Rechtsgrund, l. 30. D. 29. 4. — die Erbmasse oder einzelne Bestandtheile derselben besitzt, l. 13—16. D. 29. 4., oder arglistiger Weise sich des Besitzes entäußert hat, oder einen Preis dafür, daß er die Erbschaft ausschlage, erhalten hat, l. 2. pr. D. 29. 4., als auch in subsidium gegen den Dritten, welcher in Folge der Ausschlagung in den Erbschaftsbesitz gekommen ist, l. 2. §. 1. D. 29. 4., nicht nur wenn dies arglistig verabredet war, sondern auch, wenn sonst nur in der bösen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln, die Erbschaft abgelehnt wurde; l. 3. 4. D. 29. 4.

6) Man kann wohl nicht die von v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 479. (120.) aufgestellte Behauptung gelten lassen, daß, wenn sich ein Erbe gegen die Antretung der Erbschaft restituiren läßt, die von ihm be-

reits geschehene Entrichtung von Vermächtnissen giltig bleibe, s. dagegen Francke Beitr. Bd. I. S. 142., v. Vangerow a. a. O. §. 539.; und ebensowenig wird man eine in Elvers allgem. jurist. Zeitung v. J. 1830. S. 207. angeführte obergerichtliche Entscheidung billigen können, „daß eine Klage der Gläubiger gegen Legatarien, die ihre Vermächtnisse bereits erhalten haben, überall nicht stattfinde." Es wird sich zwar dieserhalb auf den bekannten Satz der l. 7. C. 4. 16. bezogen, daß Erbschaftsgläubigern gegen Legatare keine persönliche Klage zustehe. Allein die Empfänger kommen ja hier gar nicht als Legatare in Betracht, was sie nicht werden konnten, quia hereditas non datur nisi deducto aere alieno. Dagegen gibt den Erbschaftsgläubigern die l. 22. §. 5. C. 6. 30. u. l. 5. D. 12. 6.*) die Rechtshilfe ausdrücklich, welche ihnen schon nach den allgemeinen Grundsätzen dieser Condictionen und nach dem Princip: quod nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, nicht zu versagen wäre. Dagegen kann auch die l. 22. D. 4. 4. nicht angeführt werden, denn diese sagt nur, daß der gegen die Erbschaftsgläubiger restituirte minor die von ihm schon bezahlten Legate nicht zu ersetzen brauche, woraus aber noch nicht folgt, daß die Erbschaftsgläubiger selbst kein Recht der Rückforderung hätten; s. Francke a. a. O. S. 144., vergl. obiges Kap. VI. §. 2. Fr. 6. S. 814.

IV. Ein Grund der Ungiltigkeit des Legats kann auch die Unrichtigkeit der ihm hinzugefügten causa seyn. Selbst wenn sie nicht in Form einer Bedingung beigefügt ist, macht ihre Unrichtigkeit das Legat doch alsdann ungiltig, wenn von den Erben bewiesen wird, daß, existirte diese causa zur Zeit der Testamentserrichtung in der Wirklichkeit nicht, der Testator das Legat auch nicht angeordnet haben würde, was übrigens auch schon aus den im Testament gebrauchten Ausdrücken hervorgehen kann; l. 92. D. 28. 5.

---

*) Nec novum, ut, quod alius solverit, alius repetat. Nam et cum minor 25 annis inconsulte adita hereditate solutis legatis in integrum restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est. Ganz ebenso wird dem Intestaterben eine Klage auf Rückforderung gegeben, wenn der in einem nichtigen Testamente eingesetzte Erbe bona fide die Legate früher schon ausgezahlt hat; l. 2. §. 1. l. 4. D. 12. 6. — l. 17. D. 5. 3.

V. Auch zufällige Umstände können ein Vermächtniß unwirksam machen (legata extincta).

Dabei kann insbesondere in Frage kommen:

1) ob das Legat wieder auflebt, wenn der Gegenstand desselben nach völligem Untergang wieder hergestellt wird?
2) Wenn das vermachte Haus untergegangen ist, kann der Legatar dann die area noch fordern?
3) Oder auch ein auf die area später gesetztes Gebäude, wenn nur die area vermacht war?
4) Kann er den Werth der ihm vermachten Sache fordern, wenn er die Sache selbst anderwärts unentgeltlich erhalten, oder die Sache, wenn er bereits den Werth aus einem andern Testament erhalten hat?

Zu 1) l. 65. §. 2. D. de leg. I. sagt: ist ein Haus vermacht, so mag es theilweise (nach und nach) so weit von Neuem gebaut seyn, daß von dem alten Stoff nichts mehr übrig ist, gleichwohl bleibt das Legat giltig. Hat aber der Testator das Haus niedergerissen und ein anderes an derselben Stelle erbaut, so erlischt das Vermächtniß; es müßte denn bewiesen werden, daß der Testator dies nicht gewollt habe.

Auf ähnliche Weise entscheidet l. 24. §. 4. eod., wenn ich ein Schiff vermache, nachher aber nach und nach dasselbe ganz neu herstelle, jedoch derselbe Kiel bleibt, so wird es gleichwohl der Legatar mit Recht fordern können.

Zu 2) Nur wenn es zufällig untergegangen, nicht aber, wenn es vom Testator selbst demolirt worden ist; l. 22. in f. l. 65. §. 2. D. de leg. I.

Zu 3) Unumwunden spricht desfalls l. 39. D. de leg. II. u. l. 44. §. 4. D. de leg. I. dem Legatar auch das Haus zu. Dem scheint zwar entgegen zu stehen l. 79. §. 2. D. de leg. III. verb.: area legata, si inaedificata medio tempore fuerat, ac rursus area fit, *quamquam tunc peti non poterat*, nunc tamen debetur. Um aber einen offenbaren Widerspruch mit den zuerst angeführten Gesetzen, welchen auch die Analogie der Contractsverhältnisse zur Seite steht (s. l. 98. §. 8. D. 46. 3.), zu vermeiden, werden die Worte: quamquam tunc peti non poterat gewöhnlich so verstanden: „obwohl in der Zwischenzeit das Grundstück wegen des erweislichen entgegenstehenden Willens des Testators nicht gefordert werden konnte."

Auch l. 44. §. 4. D. de leg. I. sagt nämlich: „wenn eine Baustelle vermacht und alsdann ein Haus darauf gebaut worden ist, so

gebührt dieses dem Legatar, wofern nicht der Testator seinen Willen geändert hat." Es ist demnach auch wohl in l. 79. §. 2. cit. ein solcher Fall zu verstehen, wo der Testator die area mit der Absicht, das Vermächtniß zu entziehen, bebaut hat; s. die deutsche Uebers. des Corp. jur. Bd. III. S. 298. not. 41., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 915. S. 345. not. 3., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 478. (113.)

Zu 4) Wenn zwei causae lucrativae in demselben Object und derselben Person zusammentreffen, so kann nach der bekannten allgemeinen Regel zwar nur eine derselben wirksam werden, woraus folgt, daß der Legatar, wenn er anderwärts die Sache unentgeltlich erlangt hat, nicht mehr ex testamento den Werth fordern kann, sondern nur, wenn er sie mittlerweile titulo oneroso an sich gebracht hat. Diese Regel modificirt sich jedoch in dem Fall, wenn zweierlei Testatoren ihm dieselbe vermacht haben. Hat er dann aus dem früher vollzogenen Testament nur den Werth der Sache erhalten, so kann er aus dem zweiten noch die Sache selbst fordern; umgekehrt aber, wenn er aus dem ersten Testament die Sache schon erhalten hat, so kann er aus dem zweiten nicht mehr den Werth verlangen; §. 6. J. 2. 20. — l. 34. §. 2. D. de leg. I. — l. 66. §. 1—3. D. de leg. II. Zur Erklärung dieser verschiedenen Gesetzstellen s. Roßhirt Zeitschr. Bd. II. S. 24., Derselbe von Vermächtnissen Bd. I. S. 448., Sell über die römisch=rechtl. Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causar. lucrativ.

VI. Ademtio et translatio*) legati.

Der Grundsatz: legata nuda voluntate adimuntur greift in seinen Folgen so weit, daß selbst eine solche Veränderung der Umstände, mit welchen der frühere Wille des Testators nicht vereinbarlich erscheint, berechtigen kann, das Vermächtniß für aufgehoben zu erachten, z. B. eine zwischen dem Honorirten und dem Erblasser ausgebrochene und nicht durch Versöhnung aufgehobene tödtliche Feindschaft, **) l. 3.

*) Da die Grundsätze der Translation einfach und unbestritten sind, so wird hierüber auf die Lehrbücher verwiesen, s. Schweppe Bd. V. §. 912. S. 339., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 475. (109.), Arndts Pand. §. 551., v. Keller Pand. §. 1077. dgl. über legata ereptitia; vom Vermächtniß eines Factums s. v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 540.

**) Diese wird schon angenommen, wenn der Testirer später in einer Verfügung den Legatar als unwürdig bezeichnet, oder dieser jenen öffentlich beschimpft, l. 13. l. 29. D. 34. 4. — l. 9. §. 1. D. 34. 9., oder gar eine Criminalklage gegen den Testirer erhoben hat; l. 31. §. 2. D. 34. 4.

§. 11. l. 4. l. 22. D. 34. 4. — l. 9. pr. D. 34. 9., oder die erfolgte Ehescheidung hinsichtlich des von einem Ehegatten dem Andern verschafften Legats, l. 49. §. 6. D. de leg. III. — l. 11. §. 10. D. 24. 1., umsomehr also Handlungen des Testators, aus welchen die Absicht desselben, das Legat wieder aufzuheben, hervorgeht. Daß aber, wie Thibaut System §. 999. lit. D. (Ed. 9.) und Hert Consil. et Resp. 224. §. 1. sagen, auch dann ein Legat als stillschweigend aufgehoben anzusehen sey, wenn die Zweckbestimmung, in deren Rücksicht es hinterlassen ist, widerrufen würde, kann wohl nicht so ganz allgemein aus l. 30. §. 2. D. 34. 4. gefolgert werden, weil diese Stelle, wie v. Buchholtz Lehre von den Prälegaten bemerkt, nicht eine Aufhebung der Zweckbestimmung, sondern eine translatio a persona in personam enthält.

Hiernächst beschäftigen uns folgende Fragen:

1) Kann die Absicht des Testators, sein Legat wieder aufzuheben, schon daraus geschlossen werden, daß der Testirer die vermachte Sache veräußert hat?

2) Oder daraus, daß der Testator eine solche Veränderung mit der Sache vorgenommen hat, daß sie nicht mehr die vorige ist?

3) Ist es hinlänglich, wenn der Testator schriftlich ohne Zeugen oder mündlich vor zwei Zeugen erklärt, daß sein Vermächtniß nicht gelten soll?

4) Wenn der Testator dem einen von zwei Legataren gleiches Namens das Legat wieder genommen hat, ohne daß erhellt, welchem von ihnen, ist dann Keiner oder Jeder von ihnen dasselbe noch zu fordern berechtigt?

5) Wenn der Testator dem A. ein Legat mit der Auflage der Restitutions-Verbindlichkeit an B. conferirt, nachher dem B. es wieder genommen hat, ist es dann auch dem A. als entzogen zu erachten?

5a) Wenn der Testirer ein Legat widerruft, muß dann der Erbe, welcher es nun behält, das dem Legatar auferlegte Vermächtniß entrichten, wenn es nicht ausdrücklich mit widerrufen ist?

Zu 1) Bei Beantwortung dieser Frage macht die Art der Veräußerung einen Unterschied. Verpfändung allein macht nicht adem-

tionem legati; §. 12. J. 2. 20. — l. 3. C. 6. 37. Verschenkt der Testator die vermachte Sache, so ist ademtio legati zweifelsfrei, und das Legat wird auch dadurch nicht mehr geltend, daß die Schenkung ungiltig war; l. 18. l. 24. §. 1. D. 34. 4. Verkauft er den Gegenstand des Vermächtnisses, so folgt daraus an und für sich zwar noch nicht ademtio legati, wohl aber nach Maßgabe der Umstände; §. 12. J. 2. 20. War nämlich der Testirer durch sie zum Verkaufe genöthigt, so wird ademtio legati nicht angenommen, wenn nicht der Erbe beweist, daß animus adimendi legatum damit verbunden war, l. 11. §. 12. D. de leg. III.; dagegen wird bei einer willkürlichen Veräußerung animus adimendi. auch wenn der Testator nachher die Sache wieder an sich gebracht hätte, angenommen, wenn nicht der Legatar beweist, daß die Veräußerung ohne jenen animus, oder daß die Wiedererwerbung mit der Absicht, das Vermächtniß zu erneuern, geschehen sey; s. l. 1. §. 1. D. 35. 7. — l. 15. D. 34. 4. — l. 24. D. 34. 4., Schweppe a. a. O. Bd. V. §. 912., v. Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. III. §. 475. (108.) Ist es zweifelhaft, ob der Erblasser aus Noth oder ohne Noth verkauft habe, so muß der Legatar die vorhanden gewesene Noth als res facti beweisen; Höpfner Instit. §. 588. not. 5.

Zu 2) Wie durch Specification und Adjunction das Eigenthum verloren geht, so wird auch dadurch das Legat pro ademto betrachtet. Uebrigens wird, wenn man die verschiedenen einschlagenden Gesetzesstellen vergleicht, l. 44. §. 2. u. 3. D. de leg. I. — l. 49. §. 5. l. 88. §. 3. D. de leg. III. — l. 6. §. 1. D. 34. 2., immerhin der verständigen Beurtheilung des Richters viel überlassen bleiben, ob die erste Absicht des Testirers nach der Umgestaltung der Sache noch im Wesentlichen fortbestehen könne. Ueber den Widerspruch zwischen l. 44. §. 2. und l. 88. cit., indem dort gesagt ist: „wenn Wolle vermacht und daraus ein Kleidungsstück gemacht wird, so ist das Vermächtniß giltig, dafern nur der Testator nicht seinen Willen geändert hat;" dagegen hier: „man nimmt nicht an, daß, wenn Wolle vermacht ist, das aus derselben verfertigte Gewebe geleistet werden müsse," erklärt Schweppe a. a. O. §. 915. not. 1., der Widerspruch in l. 44. §. 2. cit. sey nur historisch und als ein Rest des alten Streits über die Specification zu betrachten. Wird eine Sache durch Adjunction zum Nebentheil einer andern gemacht, so ist das Legat der ersteren erloschen; l. 6. §. 1. D. 34. 2.

Zu 3) Zwar erfordern Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 34. tit. 4. §. 5. und Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. §. 30. fünf

Zeugen zum mündlichen Widerruf eines Legats, da aber die Gesetze keine Form vorschreiben, sondern nur den Beweis der Reue fordern, l. 27. C. 6. 42., ja sogar Vermuthungen gelten lassen, so ist nicht wohl einzusehen, warum nicht ein schriftlich oder mündlich vor zwei Zeugen erklärter Widerruf des Legats wirksam seyn soll; s. Höpfner Instit. §. 588. not. 3., Stryck caut. test. cap. 23. §. 30., Cocceji jus controv. Lib. 34. tit. 4. qu. 1. und die bei Höpfner angeführten Harpprecht, Wernher, Crell, Pufendorf, Cramer. Vielmehr geht aus l. 27. C. 6. 42. — l. 3. §. 11. l. 4. 29. 30. 31. D. 34. 4. — l. 4. §. 10. D. 44. 4. hervor, daß der Widerruf eines Vermächtnisses eine Form erfordert; Puchta Pand. §. 337., Glück Thl. XXXVIII. S. 320., Erk. d. O.-A.-G. in Dresden in d. Zeitschr. für Rechtspflege N. F. Bd. III. S. 285. Bd. X. S. 481. Transferirung eines Legats von einer honorirten Person auf eine andere erfordert zwar in der Regel dieselbe Form, wie die neue Anordnung eines Vermächtnisses, l. 20. D. 34. 4., jedoch enthält l. 31. pr. D. 34. 4. auch ein Beispiel stillschweigender Translation, welche ipso facto angenommen wurde; s. Roßhirt v. Vermächtnissen Bd. I. S. 442.

Zu 4) In zweierlei Gesetzen wird diese Frage entgegengesetzt entschieden. In l. 3. §. 7. D. 34. 4. heißt es utrique legatum debetur, und der Grund kann wohl kein anderer seyn, als: ein zweifelhaftes Nehmen sey pro non scripto zu achten, könne also das unzweifelhafte Geben nicht aufheben. Dagegen die l. 10. (11.) pr. D. 34. 5. sagt: ademtionem in utrumque valere, und der Grund läßt sich dahin erklären: über die Existenz eines Legats entscheidet nur die absolute Gewißheit des Willens des Testators; diese beruht aber auf zwei Factoren; nämlich nicht nur, ob Jemandem ein Legat gegeben, sondern auch, ob es ihm in der Folge nicht wieder genommen sey. Die eine Ungewißheit zieht also die zweite von selbst nach sich, und somit kann Keiner das Legat ansprechen. Die meisten Rechtsgelehrten nehmen die letztere Gesetzesstelle als die entscheidende, somit als Berichtigung der älteren Meinung an, wie es denn auch darin heißt: et verius est etc.; s. Klüpfel im civil. Archiv. Bd. II. no. 7., Hepp daselbst Bd. IX. no. 20., Gans das. Bd. I. no. 33. und Herrstorf das. no. 34., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 541., Braun Erörterungen zu Thibaut §. 829., Wunderlich in Sell's Jahrb. Bd. I. no. 8. Die ihrer Argumentation zum Grund liegende Anmuthung eines zweifachen Beweises scheint uns jedoch nicht gesetzlich. Der Erblasser hat einmal den Willen gehabt und bestimmt erklärt,

beide Vermächtnisse zu hinterlassen, folglich kann nur der, welcher die Willensänderung behauptet, in der Nothwendigkeit sich befinden, diese zu beweisen; dazu kann ihm aber die zweifelhafte Zurücknahme, die auf beide Vermächtnisse bezogen werden kann, und doch nur auf eines bezogen werden soll, nicht dienen: siehe Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 299. Uebereinstimmend lehrt Puchta Vorlesungen §. 537: „wenn es bei der Ademtion ungewiß ist, wem adimirt ist, so gilt das Princip: unverständliche Dispositionen werden als nicht gemacht angesehen. Wenn daher ein Legat an ein so bezeichnetes Subject vermacht ist, daß das beabsichtete Individuum nicht zu ermitteln ist, so ist es ungiltig. Dasselbe muß aber auch von der Ademtion gelten." Mehrere Bemühungen der Kritik s. Göschen in der geschichtl. Zeitschr. Bd. I. no. 6., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 436.

Zu 5) Die l. 31. §. 1. D. 34. 4. entscheidet also: „es vermachte Jemand seiner Mutter, die er zur Erbin eingesetzt hatte, vier Grundstücke und überließ es deren Treue, zwei davon seinem Schwiegervater herauszugeben; hierauf entzog er aber seinem Schwiegervater das Fideicommiß in einem Codicill." Es entstand nun die Frage, ob dieselben nichtsdestoweniger in Folge des Vermächtnisses zum Voraus der Mutter gehörten? Die Antwort lautete: „es sey kein Grund vorhanden, dies anzunehmen." Hieraus wollen Manche mit Cujacius eine allgemeine Regel bilden, wonach dem oneratus das Legat oder Fideicommiß niemals bliebe, wenn es dem honoratus wieder entzogen würde. Dies kann aber doch wohl nur dann gelten, wenn der Onerirte bloße Mittelsperson (instrumentum solutionis) ist, nicht aber, wenn das Fideicommiß zugleich auch, oder wohl zunächst auf den Vortheil des Onerirten gerichtet ist; s. Braun Erörter. zu Thibaut §. 829.

Zu 5[a]) Die l. 19. D. 34. 4. wird gewöhnlich dahin verstanden, daß durch den Widerruf eines Legats auch das darauf gelegte Vermächtniß als widerrufen anzusehen sey: allein man wird mit Francke a. a. O. S. 127. sorgfältig die eigentliche Absicht des Testirers zu erwägen haben, denn daß diese für den zweifachen Widerruf nothwendig angenommen werden müsse, sagt das Gesetz *) nicht.

*) l. 19. cit. si adimendo legatum, quod Mevio relictum sit, fideicommissum ab eo datum defunctus revocare noluit, heredes ex causa fideicommissi conveniri posse, recte probari. Der natürliche Sinn scheint demnach dieser: wenn nicht auch das Fideicommiß ausdrücklich — wie der

Repudiirt der erste Legatar das ihm zugedachte Vermächtniß, so muß der Erbe das Aftervermächtniß entrichten; l. 9. D. de usu et usufr. leg. (33. 2.)

Accrescenzrecht der Collegatare.

Wenn ein Legatar das Vermächtniß nicht annehmen kann oder will, und es ist ihm Niemand substituirt, so fällt dasselbe der Regel nach dem Onerirten anheim; eine Ausnahme findet aber statt, wenn Mehreren eine Sache conjunctim vermacht ist, dann tritt der Collegatar vermöge der Conjunction in die vacante Portion ein und dies heißt das Accrescenzrecht. Arndts Pand. §. 556.

Dabei entstehen nun die Fragen:

1) Haben blos collegatarii re conjuncti und re et verbis conjuncti, oder auch collegatarii verbis tantum conjuncti Anspruch auf Anwachsung?
2) Welche Eigenthümlichkeiten hat das Accrescenzrecht bei einem constituirten ususfructus?
3) Ist mit dem Accrescenzrecht der Collegatare immer die Folge verbunden, daß die vacante Portion nur cum suo onere accrescirt?

Zu 1) Bevor man sich zu dem Dissens der Rechtsgelehrten über diese Frage wendet, scheint die Feststellung der Begriffe nicht überflüssig; cf. §. 8. J. 2. 20. — l. 41. pr. D. de leg. II. — l. 80. l. 89. D. de leg. III. — l. 142. D. 50. 16.

Allemal ist nur eine und dieselbe Sache vermögend, eine Conjunction der Personen zu bewirken. Wenn ich dem A. mein Vorderhaus, dem B. aber mein Hinterhaus vermache, so sind dies verschiedene Sachen, mithin bei völliger diversitas keine conjunctio denkbar. Nur uneigentlich denken sich Manche eine Verbalconjunction darunter, wenn

---

Testirer doch konnte — von ihm widerrufen ist, so müßte diese Absicht anderweit hergestellt seyn, wenn der Erbe auf Kosten des Fideicommissars lucriren sollte.

der Testator verschiedenen Legataren reelle Theile einer Sache gegeben hat, z. B. meinen Acker vermache ich dem A. und B., dem A. den hohen, und dem B. den niedern Theil.

Ein Testator kann aber auch Mehrere zu einem Ganzen berufen und dies entweder

A) solidarisch, ubi sermo testatoris solidum assignare videtur, l. un. §. 11. C. 6. 51. — l. 80. D. de leg. III., und zwar

a) in getrennten Sätzen; z. B.:

dem A. vermache ich die Hälfte meines großen Ackers; der B. soll auch diese Hälfte meines großen Ackers haben;

b) in wörtlicher Verbindung:

A. und B. sollen mein Landgut X. erhalten.

Im ersten Fall sind A. und B. re conjuncti, im zweiten re et verbis conjuncti.

Oder:

B. zu bestimmten Quoten, nämlich zu idealen Theilen, z. B.

dem A. und B. vermache ich meinen Acker, Jedem zur Hälfte, oder auch:

dem A. zu $^2/_3$ und dem B. zu $^1/_3$.

Hier sind A. und B. nicht re conjuncti, weil der Testator schon Theile, mithin Einzelnheiten gemacht hat, re conjuncti aber nur durch solidarische Berufung entstehen können, ubi *tota legata* singulis data sunt, *partes autem concursu* fiunt, nicht wo der Testator schon Theile gemacht und Jedem das Seine zugewiesen hat. Sie sind also blos verbis conjuncti.

Daß nicht allein re et verbis, sondern auch blos re conjuncti ein Anwachsungsrecht haben, ist h. z. T. wohl unbestritten,*) desto bestrittener aber, ob es auch den verbis tantum conjuncti gebühre, wie

---

*) S. Francke Beitr. zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Abth. I. S. 117. in folgendem Beispiel: wenn der Testirer sagt: den A. setze ich auf $^1/_2$ ein, B. u. C. auf die andere Hälfte, und dann ihm noch einfällt, auch den X. zu bedenken, mit den Worten: „den X. setze ich auch noch auf die erste Hälfte ein;" so muß A. mit X. diese theilen, und Jeder erhält $^1/_4$; sie sind aber bloße re conjuncti. Wenn X. nun ausfällt, indem er etwa schon vor dem Testirer starb, so wird doch Jeder ohne Zweifel jetzt dem A. die ihm gegebene ganze Hälfte lassen, da die Concurrenz des X., der ihn, im Fall er miterbte, beschränkt haben würde, nicht eintrat, und weder B. noch C. wird irgend daran denken, daß er mit auf dies $^1/_4$ des X. Anspruch habe, also $^1/_8$ der ganzen Erbschaft ihm zustehe.

wenigstens nach neuerem Justinianeischen Recht, besonders wegen l. 89. D. de leg. III. — l. un. §. 11. C. 6. 51. — l. 16. §. 2. D. de leg. I. nach dem Zeugniß Mehrerer in Praxi angenommen seyn soll; s. Höpfner Instit. §. 581. not. 1., Donell. Comm. Lib. VII. cap. 13. §. 15. Lib. VIII. cap. 21., Scipio Gentilis de jure accrescendi cap. 6., Vinnius ad Lib. II. tit. XX. Inst. §. 8. no. 15., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 175., Mayer das Recht der Anwachsung S. 215., Rudorff in der Zeitschr. für geschichtliche R. W. Bd. VI. S. 426., Witte in Weiske's Rechtslex. Bd. I. S. 319., Huschke in Schneider und Richter krit. Jahrb. v. J. 1838. S. 327., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 790., Baumeister das Anwachsungsrecht S. 190. — Die historische Kritik hat aber unter den meisten neueren Rechtsgelehrten die Ueberzeugung befestigt, daß den verbis tantum conjuncti nach Justinianeischem so wenig als nach dem älteren Pandectenrecht das Anwachsungsrecht zukomme; l. 11. D. 7. 2., Thibaut System §. 996. (Ed. 8.), Voet Comm. ad Pand. Lib. XXX. §. 61., Hofacker Princ. jur. civ T. II. §. 1524. Meermann thesaur. T. VII. pag. 303., Heisler de jure accrescendi in legat. §. 1. 13. 19. (Exerc. acad. no. 7.). Mackeldey Lehrb. §. 715., Schweppe röm. Privatrecht Bd. V. §. 917., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 524., Puchta Pand. §. 542., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 547., vergl. auch Francke Beitr. Bd. I. S. 116., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 600., Schneider das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten S. 170. u. 231.

Betrachtet man die Controverse blos aus dem rationellen Standpunkt, so hat die letztere Meinung gewiß mehr für sich, nach welcher das Anwachsungsrecht lediglich darauf beruht, daß man zu einem Ganzen berufen ist, in welchem man nur durch die Concurrenz eines Andern beschränkt wird, daher nicht begründet ist, wenn man nur mit einem individuell bestimmten Object honorirt ist.

Die Anhänger der entgegengesetzten Meinung sagen zwar: warum soll das jus accrescendi stattfinden, wenn es heißt: „ich vermache dem A. und B. meinen Garten," und nicht statthaben, wenn ich sage: „ich vermache dem A. und B. meinen Garten zu gleichen Theilen?" Im letzten Falle drücke ich ja nur etwas aus, was sich im ersten von selbst versteht und ganz eigentlich gesagt werden wollte. In einem Fall wie im andern ist dasselbe gemeint; aber Niemand wird sich h. z. T. leicht auf die erstere unbestimmte Weise ausdrücken.

Mit dieser Einwendung kann man aber wenigstens nicht das Princip umstoßen, wenngleich die deutsche Sprechart eine Modification zu erheischen scheint, welche in den deutschen Gesetzbüchern sich beobachtet findet. Es kommt nämlich immer im Wesentlichen darauf an: ob der Testirer das Legat den mehreren Legataren als einen Inbegriff beschieden oder den Antheil eines jeden Einzelnen davon bestimmt hat. Ersteres wird angenommen, wenn ich dem A. und B. zusammen oder zu gleichen Theilen etwas vermache, z. B. A. B. C. und D. sollen meinen Acker zu gleichen Theilen erhalten; da haben sie gegenseitig ein Accrescenzrecht — oder das Testament lautete: ich vermache den Schwestern Amalie und Mathilde zusammen 1000 Thlr., Mathilde starb vor dem Testator — das jus accrescendi beruht eigentlich auf dem vermuthlichen Willen des Testators, hätte er es nicht gewollt, so würde er jeder Schwester 500 Thlr. legirt haben; — s. Erk. d. O.=A.=Ger. in Dresden im Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. S. 268.; das Letztere wird angenommen, wenn ich sage: A. B. C. und D. sollen jeder $^1/_4$ meines Ackers haben, s. d. bürgerliche Gesetzbuch der Oesterreichischen Monarchie Thl. II. Hauptst. XI. §. 689. u. Zeiller Comm. Bd. II. S. 643., Preuß. allgem. Landr. Th. I. Tit. 12. §. 368. und Bielitz Commentar Bd. III. S. 152. Zu weit scheint das Würtembergische Landr. zu gehen, wenn es das Accrescenzrecht der Legatare blos dann ausschließt, wenn der Erblasser reelle Theile gemacht hat, s. Weishaar Handb. d. Würtemb. Privatr. Th. II. §. 900.

Gemeinrechtlich kann vielmehr nur angenommen werden: blos im Ausdruck (verbis) Verbundene, wobei Jedem sein besonders bestimmter Gegenstand vermacht ist, haben kein Accrescenzrecht, ausgenommen, wenn sie durch Beifügung eines Dritten re conjunctus in dem ihnen Bestimmten geschmälert sind; l. 41. pr. D. de leg. II. Die Concurrenz eines re conjunctus macht nämlich die verbis conjunctos stets zu mixtim conjunctis; Glück Thl. IX. S. 273. ꝛc., Schweppe a. a. O. §. 917. S. 852. not. 2., Puchta Pand. §. 542. Es kann auch zuweilen zweifelhaft seyn, ob gewisse Collegatare re oder verbis conjuncti seyen. Z. B. die Erblasserin verordnete: „daß ihr Wohnhaus, 6 Bethmann'sche und 4 Stadtbanco=Obligationen den 3 R.'schen und den 2 S.'schen Kindern, nämlich zu 5 Theilen, zufallen sollen." Hier könnte man vielleicht annehmen, das Accrescenzrecht finde nicht statt weil die Testatrix schon Theile gemacht hat, mithin nur verbis conjuncti gegeben seyen. Das O.=A.=Ger. iu München entschied aber doch für re conjuncti, denn durch die Worte „zu 5 Theilen" habe die

Testatrix nicht sagen wollen, daß Jeder unter allen Umständen nur 1/8 haben solle, sondern daß sie insgesammt zum Ganzen nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen berufen seyen; s. Seuffert's Archiv Bd. II. S. 273.

Die mit dem Wegfallenden re et verbis conjuncti haben den Vorzug vor den bloßen re conjuncti; denn sie sind es zunächst, die durch seine Theilnahme verkürzt werden würden; l. 89. D. de leg. III., sie müssen aber dann auch, wenn sie den Zuwachs nicht ausschlagen, was ihnen freisteht, das onus übernehmen, welches der Wegfallende zu prästiren gehabt hätte, dagegen dieses der blos re conjunctus nicht mit zu übernehmen braucht, l. un. §. 11. C. 6. 51., indem hier der Zuwachs von selbst und unfreiwillig erfolgt; Schweppe a. a. O. §. 917., Schneider a. a. O. S. 65.*) Das Maß, in welchem den zwar auf das nämliche Object, aber in ungleichem Verhältniß eingesetzten Legataren anwächst, wird durch die Größe ihres Legats bestimmt; l. 41. pr. D. de legat. II. — l. un. §. 10. C. 6. 51.

[Eine Uebersicht der verschiedenen Ansichten gibt neuerdings Burchardi in Bekker's Jahrbuch V. S. 1. ff. Derselbe stimmt mit v. Vangerow Pand. II. §. 547. darin überein, daß die Meinung von Overbeck u. A. unhaltbar sey, wonach das ältere Röm. Recht auch den legatarii verbis tantum conjuncti das Accrescenzrecht zugestanden habe. Im Uebrigen erklärt er sich gegen die von den Meisten festgehaltene Ansicht, daß das bei Vermächtnissen Platz greifende Accrescenzrecht (auch im einzelnen Falle) auf den vermuthlichen Willen des Testators zurückzuführen und danach über Gestattung oder Verwerfung desselben zu entscheiden sey (a. a. O. S. 9.). Seine Auffassung der l. un. §. 11. C. cit. aber geht dahin, daß infolge derselben die Regel des bisherigen Rechts, wonach das Accrescenzrecht, wenn der Testator die Theile der Collegatare bestimmt hat, außer Anwendung bleibt, („partibus collegatariorum a testatore adjectis cessat jus accrescendi in legatis"), weggefallen sey, daß dagegen die neue Regel völlig durchgreife, wonach das Accrescenzrecht immer stattfindet, wenn Mehrere, sey es conjunctim (re et verbis) oder disjunctim (re tantum) zu einem und demselben Vermächtniß berufen sind (a. a. O. S. 23), und daß in Betreff der verbis tantum conjuncti, die doch

---

*) Schneider a. a. O. S. 253. leitet jedoch aus der l. un. §. 3. C. 6. 51. noch einen Unterschied ab, je nachdem das deficirende Legat pro non scripto gelte, oder nicht. Im ersten Fall soll das onus auf den Collegatar nicht, sondern nur im letzteren übergehen, s. dagegen Francke Beitr. zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Abth. I. S. 126.

gar nicht Collegatare seyen, Justinian nichts am bisherigen Recht geändert, folglich auch nicht (stillschweigend) denselben ein Accrescenzrecht eingeräumt habe. Alles was die Pandekten über das Accrescenzrecht bei Vermächtnissen enthalten, ist nach Burchardi durch die l. un. cit. antiquirt, und selbst der als Vorläufer dieser neuen Verordnung gesetzte §. 8. J. 2. 20. muß, insoweit er nicht mit denselben übereinstimmt, dieser weichen; eine Bestimmung aber der Theile der Collegatare seiten des Testators (nicht zu verwechseln mit dem Vermächtniß eines bloßen Theils einer Sache oder Quantität) ist nur von Einfluß auf die Theilung unter den wirklich concurrirenden Collegataren, kommt aber in Betreff des Accrescenzrechts nicht mehr in Betracht, gleichviel ob das Vermächtniß eine bestimmte Sache oder eine Quantität betrifft.]

Zu 2) Diese findet man vollständig zusammengestellt in Glück Thl. IX. S. 282. ꝛc. §. 637. a., worauf hier füglich verwiesen werden kann.

Zu 3) Wenn etwas Mehreren conjunctim hinterlassen ist, so kann der Collegatar das Accrescenzrecht nur cum onere geltend machen; ist aber separatim Mehreren hinterlassen, so hat er die dem Weggefallenen auferlegten onera nicht zu prästiren, weil er hier schon aus einer rechtlichen Nothwendigkeit und selbst wider seinen Willen erwirbt. Vermächtnisse accresciren daher dem re et verbis conjunctus cum onere suo, sine onere aber dem bloßen re conjunctus. Erbportionen accresciren hingegen stets cum onere, s. Francke a. a. O. S. 133.

Kapitel XI.

Vom Universalvermächtniß, fideicommissaria hereditas.

§. 199.

Inst. II. 23. de fideicommissariis hereditatibus. Dig. V. 6. de fideicommissaria hereditatis petitione. Dig. XXXVI. 1. ad SCtum Trebellianum. Cod. VI. 49. ad SCt. Trebell.

1) Wird im Zweifel hereditas directa oder hereditas fideicommissaria (Universalfideicommiß) vermuthet?

2) Indem auf mancherlei Art auch implicite ein Fideicommiß errichtet werden kann (fideic. tacitum), l. 87. §. 2. D. de leg. II., Höpfner Instit. §. 603., s. Thibaut System §. 920. (Ed. 8.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 931., kommen besonders die in conditione positi in Frage, z. B. der Testator sagt: „ich setze den A. zu meinem Erben ein; wenn er aber ohne Kinder sterben wird, so soll die Erbschaft auf den B. zurückfallen.“ Nun erhält A. in der Folge Kinder; sind diese als eingesetzt, nämlich als Fideicommißerben zu betrachten, so daß A. nicht über die Substanz der Erbschaft disponiren kann?
3) Inwieweit ist die Dispositionsfreiheit desjenigen Fiduciarerben beschränkt, welchem der Erblasser sein Vermögen unter der Bedingung hinterlassen hat, dasjenige, was davon bei seinem (des Fiduciarerben) Tod übrig seyn werde, einem Dritten auszuliefern?
4) Ist dasjenige, was ein solcher Fiduciarerbe vom Fideicommißvermögen zum Ankauf von Gütern oder andern Sachen verwendet hat, seinem eigenen Erben oder dem Fideicommißerben zuzuerkennen?
4ª) Können die Erben des Fiduciars Schulden, welche derselbe nach dem Tode des Fideicommittenten contrahirt hat, von der Fideicommißmasse abziehen?
5) Kann ein solcher Fiduciarerbe, wenn der Testator ihm die Errichtung eines Inventars ausdrücklich erlassen hat, nicht wenigstens zu einer eidlichen Specification vom fideicomissarischen Erben angehalten werden?
6) Es kommt öfter und besonders bei gegenseitigen Testamenten der Eheleute vor, daß der Erblasser seinen Erben verbindet, nicht nur des Erblassers, sondern auch sein, des Erben, eigenes Vermögen auf seinen Todesfall Dritten zu überlassen; wie weit ist nun dieser hierdurch an Veräußerungen oder andern substanziellen Dispositionen über sein eigenes Vermögen gehindert?
7) Steht einem Universalfideicommissar, besonders auf den Grund eines Codicills, auch das remedium l. ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo (6. 33.) zu?
8) Wenn der Erblasser die Restitution der ganzen Erbschaft befohlen, daneben aber noch Singularvermächtnisse angeordnet

hat, wem liegt deren Entrichtung ob, wenn der Testator sich darüber nicht ausgedrückt hat?

9) Was ist der Schulden halber Rechtens im Verhältniß des Fiduciars zu dem fideicommissarischen Erben und den Gläubigern? Was muß sich der zum Abzug der Trebellianischen Quart berechtigte Fiduciar in dieselbe einrechnen lassen?

10) Wenn ein Universalfideicommiß angeordnet ist, und ein Miterbe des Fiduciars wegfällt, kommt dann die anwachsende Portion dem Fiduciar oder dem Fideicommissar zu Gute? *)

11) Bekanntlich kann der mit dem onus restituendi belegte Erbe, wenn er aus Mißgunst gegen den fideicommissarischen Erben das Universalvermächtniß nicht antreten will, dazu gezwungen werden, **) jedoch freilich, wenn er nur unter einer zufälligen Bedingung eingesetzt ist, erst nach erfüllter Bedingung; wie aber, wenn die Bedingung rein potestativ ist?

12) Kann die clausula codicillaris dem Fideicommissar Hilfe gewähren, wenn der Fiduciarerbe vor der Antretung stirbt?

13) Kann die fideicommissarische Caution, wenn sie vom Testator erlassen ist, auch dann nicht gefordert werden, wenn der Fiduciarerbe verschwendet und dadurch Verlustsgefahr droht?

14) Insofern l. 6. C. ad SCt. Trebell. (6. 49.) Söhne und Töchter, welche von den Eltern wechselseitig auf den Fall kinderlosen Absterbens mit der Restitution an ihre Geschwister belegt sind, von einer Cautionsleistung befreit, ***) fragt sich, ob diese Befreiung auch von den Enkeln zu verstehen sey?

15) Kann auch eine Verstärkung der ursprünglich vereinbarten Sicherheit gefordert werden, wenn sich die Vermögensumstände des Fiduciars verschlimmern?

16) Ein Testator verordnete: zum Erben benenne ich meinen einzigen Bruder, den Pater Stephan, wenn er erbfähig seyn oder durch gegenwärtige Umstände werden sollte; sollte er

---

*) Inwieweit der Fiduciar auch die Erbschaftsfrüchte zu restituiren habe, v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 536., Schweppe a. a. O. §. 934.

**) Gegen mancherlei versuchte Ausdehnungen dieses Zwangsrecht s. Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 530., Heise D. de aliena heredit. restit §. 37. etc.

***) Vergl. oben Kap. X. §. 194. zu Fr. 7.

nicht erbfähig werden, so ist der Haupterbe meines Vermögens der Schneidermeister A., dem mein Bruder es auch nach seinem Tod zuwenden mag; — es fragt sich: ob dies für ein Fideicommiß anzusehen sey?

17) Steht den Fideicommißinteressenten wegen widerrechtlich veräußerter Fideicommißobjecte ein Separationsrecht auf die Fideicommißfrüchte oder ein gesetzliches Pfandrecht beim Concurs des Veräußerers zu?

17a) Was ist überhaupt in Ansehung der Früchte Rechtens zwischen dem Fiduciar und Fideicommissar?

Zu 1) Nach c. 1. de test. in VIto (3. 11.) streitet die Vermuthung für die directe Erbfolge, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 980.

Zu 2) Verschiedene Meinungen hierüber s. Fachinaei controv. Lib. IV. cap. 51., Harpprecht Diss. de tacita heredis institutione, Heisler D. de liberis positis in conditione comprehensis etiam in dispositione. Es ist aber nun wohl kein Streit mehr über den Grundsatz: aus der Erwähnung einer Person, als einer Bedingung, unter der eine andere Person ein Fideicommiß nicht haben soll, ist noch nicht zu schließen, daß die erste (in conditione posita), wenn sie lebt, Fideicommißerbe seyn solle; l. 16. §. 1. D. 28. 6., Mühlenbruch doctr. Pand. Vol. III. §. 665., Thibaut System §. 920. (Ed. 8.) Hierbei ist auch zu bemerken, daß der unter einer Bedingung eingesetzte Fideicommissar, welcher den Testator überlebt, sein Successionsrecht auf seine Erben auch dann transmittirt, wenn er gleich vor dem Substitutionsanfall stirbt, und ohne Unterschied, ob die Bedingung von einem Zufall, oder von einer freien Handlung des bedingt Berechtigten abhängt; s. Entsch. d. O.-Tribunals in Berlin Bd. XXVII. S. 340., Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. XXI. S. 448.

Zu 3) Die Nov. 108. c. 1. hat über die erste Frage dahin entschieden, daß er an was immer für Dispositionen bei Lebzeiten unverhindert ist, insoweit er nur den 4ten Theil des Vermögens übrig läßt, welchen anzugreifen ihm nur in bestimmten Ausnahmfällen gestattet ist. Mylius D. de fideic. sub clausula: quicquid superfuerit, relicto. Strecker de fideic. sub clausula: quicquid post mortem superfuerit, relicto. Reichard de fideic. ejus quod superfuturum erit etc. Jenae 1785. Arndts Pand. §. 583. Von selbst versteht

es sich übrigens, daß jede dispositio mortis causa ausgeschlossen ist; Hommel Rhaps. Obs. 659., Pufendorf T. II. obs. 87. §. 2. Dispositionen unter Lebenden aber können nicht, wie Einige dafür halten, s. Voet Comm. ad Pand. lib. 36. tit. 1. §. 54., Wernher T. II. obs. 452., Hommel Rhaps. obs. 659., einer Contestation darüber, ob solche nicht animo intervertendi fideicommissum geschehen, unterworfen werden; v. Quistorp rechtl. Bemerkungen Th. II. no. 14., Berger Oecon. jur. lib. II. tit. 4. th. 34. no. 5. Hat z. B. der Fiduciar über 3/4 des Fideicommisses mittelst eines mit seinen Verwandten eingegangenen Leibrentenvertrags disponirt, so läßt sich dagegen von Seite des Fideicommißerben nichts einwenden, s. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. Abth. I. no. 129. Dagegen kann der Erbe des Fiduciars, wenn dieser mehr als 3/4 übrig gelassen hat, auch nicht verlangen, daß dieser Mehrbetrag zur Bezahlung eigener Schulden des verstorbenen Fiduciars verwendet werden müsse, s. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 228. Auf correspective Testamente, vermöge deren nach deutscher Rechtsgewohnheit auch über das mit dem Nachlaß des Erstgestorbenen in Eine Masse verschmolzene Vermögen des Letztlebenden, sofern dieser die Erbschaft antrat, mit rechtlichem Erfolge disponirt werden kann, und welche nach der Analogie der Erbverträge zu beurtheilen sind, soll die durch Beschränkung der Substitution auf das Uebriggebliebene dem Letztlebenden gegönnte mehrere Freiheit nicht Anwendung finden, sondern diesen nur zu einem Gebrauche zu seinem wahren Bedarf, und nicht zur Hinterziehung seiner vertragsmäßigen Obliegenheit berechtigen; s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 625. no. 37.

Zu 4) Da der Fiduciarerbe bis auf 1/4 des fideicommittirten Vermögens als völliger Eigenthümer, so lange er lebt, anzusehen ist, so kann nicht vermuthet werden, daß er mit solchen Verfügungen nur die Geschäfte des Fideicommißerben, welcher doch nur das, was er von dem fideicommittirten Vermögen übrig lassen würde, bekommen soll, habe besorgen wollen, sondern vielmehr, daß er es zu seinem eigenen und seiner Erben Besten gethan habe, und ist auch die Regel: pretium succedit in locum rei*) nicht anwendbar; Reichard a. a. O., v. Quistorp a. a. O. Doch ist, wenn das ganze Fideicommißvermögen vom Fiduciarerben ohne einen der in der Nov. 108. ange-

*) Bei regelmäßigen stricten Fideicommissen gilt sie allerdings in Fällen wo wegen Schulden des Erblassers, oder weil die Sachen nicht aufbewahrbar sind, eine Veräußerung stattfinden mußte; l. 70. §. ult. l. 71. u. 72. D. de leg. II.

nommenen Rechtfertigungsgründe aufgezehrt worden ist, die Quart aus seinem eigenen Nachlaß zu ersetzen. Auth. contra cum Cod. ad SCt. Trebell. (6. 49.), v. Quistorp a. a. O. und die von ihm angeführten Erkenntnisse der Halle'schen und Göttinger Juristenfacultät.

Zu 4 a) Die nach dem Tode des Fideicommittenten vom Fiduciar contrahirten Schulden können nicht von dessen Erben auf die Fideicommißmasse gewälzt werden, s. v. Rüling Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Celle no. 38.

Zu 5) Man könnte wohl dafür halten, daß, was vom Inventar gilt, auch von der eidlichen Specification gelten müsse, welche jenem gewöhnlich gleich geachtet wird, da aber dadurch das Recht des fideicommissarischen Erben ganz vereitelt würde, indem dieser alsdann gar nicht wissen könnte, was er zu fordern berechtigt sey, so muß wohl mit v. Quistorp a. a. O. und Leyser Sp. 404. med. 8. angenommen werden: interpretatio fideicommissorum ita facienda, ne confusio et absurditas oriatur.

Zu 6) In diesem Fall hat entweder der Erblasser ausdrücklich erklärt, daß sein Erbe nur das, was er bei seinem Tode vom Vermögen übrig lassen werde, an den Dritten restituiren solle, und dann ist die Sache nach den Grundsätzen eines fideicommissum ejus quod superfuerit zu entscheiden, oder er hat dies nicht erklärt, dann kann der Erbe nicht nur nicht Todes halber verfügen, sondern auch bei Lebzeiten nicht anders als nach den Regeln eines guten Hausvaters disponiren; s. Gottschalk Discept. for. T. II. Cap. I.

Eine unabwendbare Folge ist im letztern Fall auch die Errichtung eines Inventars von Seite des überlebenden Ehegatten nicht nur über des verstorbenen, sondern auch über sein eigenes Vermögen, zweifelhafter aber, ob Cautionsleistung über beide Vermögen gefordert werden könne? Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 239. 2c. u. 257. 2c. erzählt folgenden Fall: zwei Eheleute setzen sich gegenseitig als Universalerben ein. Hierauf folgt: „demnächst substituiren beide testatorische Eheleute nachbenannte ihre beiderseitigen Anverwandten, als N. N. 2c., und sollen dieselben nach unserm beiderseitigen Ableben unser ganzes zurückgelassenes Vermögen zu 5 gleichen Theilen, jedoch mit der Ausnahme erhalten, daß dieselben nachfolgende Legate zu berücksichtigen haben, und zwar 2c." Der Mann starb kurz darauf, und nun prätendirten einige jener Verwandten, die Wittwe müsse über das ganze beiderseitige Vermögen, sowohl ihr ursprüngliches als das des Mannes, ein Inventar errichten und Bürgschaft leisten.

Die oberstrichterliche Entscheidung ging dahin, daß nur für den Nachlaß des vorverstorbenen Ehegatten Sicherheit zu bestellen sey; denn wenn man auch aus den Worten des gegenseitigen Testaments nicht blos auf ein fideicommissum ejus quod superfuturum est schließen dürfe, so könne doch dasselbe wenigstens nicht dahin ausgelegt werden, daß der überlebende Ehegatte von seinem eigenen Vermögen nur die Nutznießung behalten solle und vermöge rechtlich nicht, die Freiheit des Ueberlebenden, über das Seinige nach Gutdünken zu disponiren, zu vernichten. Der Sinn der Disposition sey kein anderer, als der: Auf den Fall meines zuerst erfolgenden Todes ernenne ich meinen Gatten zu meinem einzigen Erben, die bestimmten Personen aber nach seinem Tode zu Universalfideicommissaren; auf den Fall, daß ich meinen Gatten überlebe, ernenne ich dieselben Personen zu meinen Erben. Die Disposition sey ein Testament und kein Erbvertrag, nach Testamentsrecht könne aber nicht einmal der Mensch die Freiheit, seinen letzten Willen zu ändern, sich selbst entziehen.*) Nur soweit die Einsetzung der Verwandten des Vorherverstorbenen und überhaupt der beiderseitigen Verwandten Fideicommiß ist, könne sie nicht mehr geändert werden, wohl aber, so weit sie directe Erbeinsetzung auf Seite des Ueberlebenden ist, also dessen ursprünglich eigenes Vermögen betrifft. — Mehreres hierüber s. oben Kap. III. §. 156. von gegenseitigen Testamenten und überhaupt von der Auflage, eine fremde Erbschaft zu restituiren; Heise D. de aliena hereditate restituenda. Gött. 1816., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 941., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 541. (259.)

Zu 7) Da dem fideicommissarischen Erben nur eine persönliche Klage gegen den Fiduciarerben zusteht, so kann Ersterem nie das bemerkte possessorische Rechtsmittel zuerkannt werden, welches nur einem directen Erben zukommt, s. Geiger u. Glück Rechtsfälle Th. II. S. 145. Ist das Universalfideicommiß in einem Codicill angeordnet, so leuchtet dies um so mehr ein, da jedes Codicill einen Erben voraussetzt, an den es gerichtet seyn und der die Erbschaft erst angetreten haben muß; cf. l. 1. D. 5. 6. — l. 63. D. 36. 1.

Zu 8) Der vermuthlichen Absicht des Testators nach ist immer

---

*) Leyser Sp. 43. Med. 6. u. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVIII. S. 209. stellen wohl den Satz auf, daß ein Erblasser sich auch in einem Testament per modum pacti verbinden könne, sein Testament nicht zu ändern, und daß dieses vom andern Ehegatten acceptirte Versprechen rechtsverbindlich bleibe; aber wohl mit Recht bemerkt Eichhorn deutsch. Privatr. §. 342., daß hierin die Praxis zu weit gehe.

so zu entscheiden, wie wenn er den Fideicommissar onerirt hätte, nämlich, wie wenn die Restitution deductis legatis angeordnet wäre, l. 2. D. 36. 1. Umfänglich ist diese Frage nach Beschaffenheit der Fälle erörtert in v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 559.; vergl. Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 179., dessen Zeitschr. Bd. IV. S. 124. ꝛc., Stemann in Elvers' neuer Themis Bd. I. S. 278.

Zu 9) Der fideicommissarius universalis ist, wenn er gleich, wie Fetzer Versuche zur Bildung des römischen Rechts Abh. 3. bemerkt, unrichtig Erbe genannt werden mag, doch gewiß heredis loco und tritt also pro rata restitutionis an die Stelle des Fiduciars, an welchen auch kein Regreß von Seite der Gläubiger stattfindet, wenn der Fideicommissar zahlungsunfähig wird, §. 7. J. 2. 23., s. Braun Erörterungen zu Thibaut §. 779. Schulden des Fideicommittenten müssen beim Mangel anderer Erbschaftsmittel auf Begehren der Gläubiger, oder eines der mehreren Fiduciaren aus dem Fideicommiß durch Verpfändung oder Verkauf der Substanz in folgender Weise gedeckt werden:

1) Vorausgesetzt wird, daß alle Fideicommissar-Erben nicht blos Singular-Successoren sind; l. 1. §. 16. D. 36. 1. — l. 13. C. 6. 24. — l. 2. C. 4. 16., Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 505.
2) Die Quellen unterscheiden aber nicht zwischen Hypothek- und persönlichen Schulden; l. 38. pr. D. de legat. III.
3) Daß ein deutsches Familienfideicommiß vorliegt, ändert nichts, denn über die Frage, wie weit der Testator zu disponiren befugt sey, entscheidet das römische Recht; s. Erk. d. A.-Ger. in Leipzig im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1849. S. 257.

Ueber die Berechnung der Trebellianischen Quart und deren Hinwegfallen s. vorzüglich v. Vangerow a. a. O., §. 559., vergl. Braun a. a. O. §. 778., Höpfner Instit. §. 614. u. 615., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 940., v. Wening-Ingenheim Bd. III. §. 541. (251 — 259.), v. d. Nahmer Entscheidungen ꝛc. Bd. I. S. 144. Arndts Pand. §. 584. Ueber die Controverse: ob die s. g. Quarta Trebell. etwas anderes ist, als die Falcidia, angewandt auf Universalfideicommisse, s. Lindelof im civilist. Archiv Bd. IV. S. 436.

Zu 10) Unbezweifelt kann die vacante Portion nur dem Fideicommissar und nicht dem Fiduciar accresciren, wenn dieser sich zur Erbschaftsantretung hat zwingen lassen, l. 43. D. 36. 1. und ebenso-

wenig kann beim fideicommissum tacitum im römischen Sinn*) l. 83. D. 29. 2. dem Fiduciar etwas anwachsen, quia rem non videtur habere. Außer diesen Fällen sind aber die Meinungen getheilt. Dem Fiduciar erkennen die portio accrescens zu: Baumeister das Anwachsungsrecht S. 121., Cujac. obs. l. 12. c. 1. u. 2., Faber Err. Pragm. Dec. 37. no. 5., Vinnii qu. sel. lib. I. c. 55., Rossberger de jure accresc. pag. 213., Glück Thl. XVI. S. 359. rc., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 763. not. 22., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 541. (253.); doch unterscheiden Schweppe a. a. O. §. 934., Puchta Pand. §. 556. u. Arndts Pand. §. 583., ob der Erblasser dem Erben nur seinen Erbtheil oder alles aus der Erbschaft Empfangene zu restituiren auferlegt hat, indem im ersten Fall anzunehmen sey, daß der Testator an den Eintritt einer Accrescenz nicht gedacht habe. Dagegen wird das Accrescenzrecht des Fideicommissars, insofern nicht ein entgegengesetzter Wille des Testators ausgemittelt werden kann, vertheidigt in v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 494. no. 5., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 335., Thibaut System §. 995., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 172., Voet Comm. ad Pand. lib. 36. tit. 1. §. 38. Ueber die Frage: ob in Folge des Anwachsungsrechts mit einer vacant gewordenen Erbschaftsportion auch das auf derselben haftende Universalfideicommiß auf die übrigen Erben übergehe? s. Hofacker Jahrbücher d. Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreich Würtemberg Bd. IV. S. 22.

Zu 11) Auch da kann der Erbe gezwungen werden,**) wenn ihm die Erfüllung keinerlei Opfer kostet; l. 31. §. 2. l. 63. §. 7. D. 36. 1., und wenn sie durch einen Stellvertreter erfüllt werden kann, so

---

*) Die Römer verstanden nämlich darunter das, was versteckt einem Unfähigen hinterlassen ist, und insofern ganz oder zum Theil an den Fiscus zur Strafe fällt; l. 103. D. de leg. I. — l. 10. D. 34. 9.

**) Gehorcht der Fiduciarerbe dem Zwangsbefehl nicht, so wird nach l. 7. §. 1. C. 6. 49. angenommen, daß die Erbschaft angetreten worden sey; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. IV. S. 294. Oberster Grundsatz dieses Zwangsrechts ist übrigens, daß dem Fiduciar aus seiner erzwungenen Handlung ebensowenig ein Vortheil als ein Nachtheil erwachsen dürfe, weshalb in dem Fall, wenn der Fiduciar erklärt, daß es ihm unvortheilhaft scheine, sich mit der Erbschaft zu befassen, derjenige, welcher den Zwangsantrag stellt, erklären muß, daß die Erwerbung der Erbschaft auf seine Gefahr vor sich gehen solle, und für alles, was der Fiduciar durch die Erwerbung der Erbschaft verliert, Entschädigung leisten oder wenigstens anbieten muß; l. 16. §. 7. l. 71. D. 36. 1. — l. 11. pr. l. 27. §. 15. D. eod.

kann diese auch durch den Fideicommissar geschehen, um dadurch die Möglichkeit der Erbschaftsantretung herbeizuführen; l. 7. l. 31. §. 2. l. 63. §. 8. D. 36. 1. — Bei der Bedingung, einen bestimmten Namen anzunehmen, wird in l. 63. §. 10. D. 36. 1. die Bedingung für erlassen angenommen. Mehrere nehmen dies auch bei andern schwer zu erfüllenden Bedingungen vermöge l. cit. §. 7. an, s. dagegen v. Vangerow Pand. II. §. 558. sub I. 3., vergl. Westphal von Vermächtnissen S. 1245.

Zu 12) Das Fideicommiß wird zwar in manchen Fällen gleichwohl aufrecht erhalten, wenn gleich der Fiduciar vor der Antretung der Erbschaft und ohne deren Transmission gestorben ist. Solche Ausnahmen lassen die Gesetze zu: bei dem privilegirten Testamente eines Soldaten, ferner, wenn der directe Erbe bei Lebzeiten des Testators gestorben ist, ohne daß dieser es wußte, oder nach dem Tode des Testators, s. Höpfner Instit. §. 613. Anm., in der Regel ist dann aber das Testament destitut; doch kann es durch die beigefügte Codicillarclausel wirksam erhalten werden, und haben dann die Intestaterben die Restitutionsverbindlichkeit zu erfüllen; l. 14. C. 6. 42., Westphal von Vermächtnissen §. 1589., Höpfner a. a. O.

Zu 13) Der Ausspruch des Scaevola in l. 18. pr. D. 36. 3. ist zwar, wie schon oben im Kap. X. §. 194. zu Nr. 7. bemerkt ist, bestimmt verneinend, und man kann auch analog dafür anführen, daß bei fideicommissis conventionalibus eine Caution, die nicht verabredet worden ist, auch nicht stattfinde, Hommel Rhaps. obs. 204., indessen wird von manchen Praktikern dagegen eingewendet, der Beisatz in l. cit. secundum ea, quae proponerentur beschränke die Entscheidung doch nur auf die Merkmale des concreten Falls, wo ein respectus parentelae auf Seite des die Caution begehrenden Schwiegersohns des Fiduciars in Betracht kommen konnte, welcher übrigens nur mit seinem Eigenthum, nicht aber mit dem fideicommittirten Gut verschwenderisch umgegangen war, und sowie l. 4. D. 36. 4. da, wo durch Vertrag dem Cautionsanspruch eine Schranke gesetzt ist, doch die Billigkeit bei außerordentlichen Umständen prävaliren läßt, um nicht dem Untergang Preis zu geben, was nur fidei committirt ist, so dürfe wohl auch bei der tastamentarischen Cautionserlassung dasselbe angenommen werden; Schmidt Hinterlassene Abhandl. Th. I. S. 185. ist deshalb des Dafürhaltens, daß eine gegründete Besorgniß wegen Dissipation des Fideicommisses, auch unerachtet der Testator die Caution erlassen hat, berechtige, sie zu verlangen, gleichwie die selbst gesetzlich von einer Cautionsverbindlichkeit gegen ihre Kinder befreiten

Eltern doch unter Besorgniß erregenden Umständen, z. B. wenn die Eltern zur 2ten Ehe schreiten, dazu gehalten sind. Auch Leyser Sp. 407. Med. 4. stellt den Satz auf: personae a cautione fideicomm. immunes tunc, quum *manifestum* dissipationis periculum subest, ad eam praestandam compelluntur. Da wäre allerdings casus doli anzunehmen; l. 50. D. 36. 1. — l. 27. §. 3. D. 2. 14.

Zu 14) Mehrere Rechtsgelehrte begreifen unter den filii et filiae, von welchen l. 6. cit. spricht, die nepotes mit Beziehung auf l. 84. 201. 220. D. 50. 16. — l. 59. D. 23. 2. — l. 41. §. 5. D. de leg. III., Stryck Usus mod. lib. 36. Tit. 3. §. 2., Vinii sel. qu. lib. II. c. 29., allein dies gilt doch im Allgemeinen nur von dem Wort liberi, von filii aber nur uneigentlich in besonderen Fällen; denn in der Regel hat letzteres eine eingeschränktere Bedeutung, l. 6. D. 26. 2. — l. 220. pr. D. 50. 16. — §. ult. J. 1. 14. Die Schlußworte der l. 6. C. 6. 49. aber: ea, quae de ea satisdatione diximus, non ulterius, quam in his personis et casibus, opportere produci, verbieten eine Ausdehnung; Boehmer de liberis fideic. oneratis §. 21., Knipschildt de fideic. fam. C. 12. no. 41., Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 83.

Zu 15) Die l. 18. pr. D. 36. 3. scheint auch hier entgegen zu stehen, indem durch Annahme einer bestimmten Caution der Anspruch auf eine weitere Sicherheit ausgeschlossen zu seyn scheint, indessen wird dies gewöhnlich nicht auf außerordentliche Fälle ausgedehnt; Voet Comm. ad Pand. lib. 36. tit. 3. §. 13., Boehmer l. c., Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 36. tit. 3. §. 8., Knipschildt l. c. Cap. 12. no. 34. rc. *).

Zu 16) Es wurde in Anwendung der l. 11. §. 7. u. 9. D. de leg. III. in 2 Instanzen für ein rechtsverbindliches Fideicommiß erkannt, s. v. Gönner u. Schmidtlein Jahrbücher Bd. I. S. 377., jedoch ist nicht auch eine ganz unbestimmte empfehlende Aeußerung an den Erben für ein Fideicommiß anzusehen, vergl. oben Kap. X. §. 192. zu Fr. 4. Nach einer Entscheid. des O.=A.=Ger. in Dresden, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852. S. 167. kann ein Fideicommiß

---

*) l. 4. D. 36. 4. rechtfertigt dieses auch ausdrücklich; denn nachdem in l. 3. die Regel vorangestellt ist, daß, wer sich mit einer zu geringen Caution begnügt hat, dies seiner eigenen Schuld zuzurechnen habe, folgt die Ausnahme: plane si nova causa allegetur, veluti puod fidejussor decesserit, aut etiam rem familiarem inopinato fortunae impetu amiserit, aequum erit, praestari cautionem.

nicht durch bloße Wünsche des Testators, sondern nur dadurch errichtet werden, daß derselbe die Absicht genügend erklärt, dem oneratus eine rechtliche Verbindlichkeit aufzulegen. In diesem Sinn werden die gesetzlichen Bestimmungen in l. 115. l. 118. D. de leg. I. — l. 11. §. 2. D. de leg. III. — l. 41. §. 6. D. 40. 5. — l. 12. C. 7. 4. aufgefaßt, Westphal von Vermächtnissen §. 1564. u. 1566.

Zu 17) Zwar können sie veräußerte Objecte, insbesondere auch cedirte Activobligationen (die au porteur lautenden ausgenommen; vergl. oben §. 102. zu Fr. 16.) gegen jeden Besitzer vindiciren, aber ein Separationsrecht an den Früchten des Fideicommisses kann ihnen nicht zuerkannt werden, weil es sich von keiner Fideicommißschuld, sondern von einer Verbindlichkeit gegen das Fideicommiß handelt, und dessen Früchte, sowie Lehnsfrüchte zur Allodialmasse gehören; eben so wenig aber eine gesetzliche Hypothek, weil diese in den Gesetzen nur den Legaten und Singularfideicommissen gegeben ist, s. v. Gönner Beiträge zur Jurisprudenz der Teutschen Bd. I. S. 79.

Zu 17 a) Alle zur Zeit des Todes des Erblassers oder vielmehr des Erbschaftsantritts schon reifen natürlichen Früchte, l. 9. D. 35. 2., sowie fällige Civilfrüchte, l. 58. §. 2. D. 36. 1. gehören zum Capitalstock der zu restituirenden Erbschaft. Bei den weiter erwachsenden Früchten kommt es auf den Zeitpunkt an, wo der Restitutionspflichtige in mora versetzt worden ist. Dieser beginnt aber, da der Grundsatz dies interpellat pro homine bei Vermächtnissen keine Anwendung leidet, erst mit dem Augenblick, da der Fideicommissar sein Recht auf Herausgabe geltend macht. Bevor dies geschehen, bleiben sie dem Fiduciar, vorausgesetzt, daß dieser sich die Früchte schon angeeignet hat, und zwar die natürlichen durch Perception, die bürgerlichen durch Eincassirung. Auch bei einem betagten Fideicommiß ist die mora nie schon mit dem Eintritt des dies vorhanden; Hoffmann in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. I. S. 89.

Kapitel XII.

Donatio mortis causa.

§. 200.

Dig. XXXIX. 6. de mortis causa donationibus. Cod. VIII. 57. de donationibus mortis causa. Inst. II. 7. §. 1. de donationibus. Dig. XXXIX. 5. de donationibus.

1) Welche Förmlichkeit ist zur Schenkung von Todes wegen, wenn sie nicht durch Tradition sogleich perficirt wird, erforderlich?
2) Da die Schenkung auf den Todesfall sich von der Schenkung unter Lebenden dadurch unterscheidet, daß jene nur durch den Tod des Schenkers perfect wird, bis dahin aber, oder wenn sie mit Rücksicht auf eine bevorstehende besondere Todesgefahr gegeben ist, bis zu deren glücklichem Ueberstehen immer schwebend, mithin auch widerruflich ist, wofern der Schenker nicht ausdrücklich sich des Rechts zum Widerruf begibt, l. 13. §. 1. l. 35. §. 4. D. 39. 6. — Nov. 87. c. 1. — so kann, wenn Schenker und Beschenkter gleichzeitig sterben, die Frage entstehen, ob die Erben des Letzteren sie noch von den Erben des Ersten fordern können?
3) Gilt im Zweifel die Vermuthung für eine Schenkung unter Lebenden oder auf den Todesfall?
4) Wenn die auf den Todesfall, mithin widerruflich geschenkte und tradirte Sache bei dem Empfänger untergeht, was hat dieser dem Geber, falls derselbe die Schenkung widerruft, zu prästiren?
5) Aus welchen Peculien und unter welchen Voraussetzungen kann der filiusfamilias Schenkungen auf den Todesfall machen? *)
6) Ist eine donatio omnium bonorum eines Ehegatten an den Andern auf den Todesfall mit Uebergehung der Eltern des Schenkers unter beigefügter Codicillarclausel durchaus ungiltig?

---

*) Ueber die Fähigkeit des Schenkers überhaupt s. l. 1. §. 1. D. 27. 3. — l. 32. §. 8. D. 24. 1. — l. 7. D. 39. 6., über die des Beschenkten l. 9. l. 22. l. 35. pr. D. 39. 6.

7) Wird durch eine donatio bonorum m. c. die Intestaterbfolge aufgehoben und fällt dadurch auch die falcidische Quart hinweg?
8) Inwieweit kann eine m. c. donatio omnium bonorum von dem dadurch hintangesetzten Pflichttheilsberechtigten impugnirt werden, insbesondere wenn sie mit der Codicillarclausel versehen ist?

Zu 1) Unter den verschiedenen Meinungen*) scheint diejenige Erklärungsart der Gesetze, insbesondere der neuesten Bestimmungen Justinians in l. 4. C. 8. 57. u. Nov. 87. praef. die richtigste zu seyn: daß bei einer Schenkung unter 500 Solidi, wenn sie von Todes wegen geschieht, ebensowenig, als unter Lebenden eine weitere Förmlichkeit außer der Acceptation erfordert werde; wenn sie aber diese Summe übersteigt, entweder die Codicillarform der Zuziehung von 5 Zeugen, welche aber auch uno actu zugegen seyn müssen, s. Höpfner Instit. §. 414., u. Seuffert's Archiv XV. No. 146. (O.-A.-G. zu Wolfenbüttel), oder die gerichtliche Insinuation nöthig sey, s. v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 135., v. Savigny System Bd. IV. §. 172., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 563., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 762., Höpfner Instit. §. 414. u. not. 6., v. Bülow Abhandl. Th. II. S. 138., Arndts Pand. §. 589. Die von Wiederhold in Linde's Zeitsch. Bd. XV. S. 96. behauptete, neuerlich von dem O.-A.-Ger. in Darmstadt durch Erkenntnisse v. J. 1844 u. 1853 (s. Seuffert's Archiv Bd. VII. S. 246.) und ebenso vom O.-A.-Ger. zu Celle (s. ebendas. XV. No. 146.) adoptirte Meinung, als sey durch l. ult. C. 8. 57. die Codicillarform für alle m. c. donationes vorgeschrieben, darf wohl durch die vorangeführten Schriftsteller als genügend widerlegt erachtet werden.

Acceptation von Seite des Beschenkten ist auch bei der m. c. donatio allemal nöthig, obgleich Quistorp Rechtliche Bemerkungen Th. I. not. 93. mit einigen von ihm allegirten Rechtsgelehrten das Gegentheil behauptet; doch wird auch eine stillschweigende Acceptation

---

*) Vergl. Haubold opusc. acad. ed. Wenk Vol. I. pag. 489., Schirach im civilist. Archiv Bd. II. no. 31., Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall, Hasse im Rhein. Museum Bd II. S. 300., Bd. III. S. 371., Zimmern in d. Tübinger krit. Zeitschr. Bd. III. S. 234., Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 97.

für genügend erachtet, wenn der Donatar zugegen ist und schweigt, s. Meyerfeld Lehre v. d. Schenkungen Bd. I. S. 37., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. III. no. 39. Uebrigens kann auch eine nicht acceptirte m. c. donatio nach Absicht und Ausdruck die Eigenschaft eines giltigen Fideicommisses annehmen, l. 75. l. 77. §. 26. D. de legat. II. — l. 28. D. 39. 6. — l. 18. §. 2. eod. — Nov. 87. c. 1., indem es bei diesem überhaupt mehr auf den Willen als auf die Worte ankommen, und namentlich nichts schaden soll, daß die Worte eines schriftlichen Aufsatzes nicht an den Erben, sondern an den Fideicommissar gerichtet seyen; l. 39. §. 1. l. 78. §. 1. D. de leg. III. — l. 21. C. 6. 37. — l. 1. u. 2. C. 6. 43. — §. 2. u. 3. J. 2. 20., v. Savigny a. a. O. S. 253. u. 265., Höpfner a. a. O., Thibaut System §. 567., Müller ad Leyser obs. 698., Meyerfeld Lehre von den Schenkungen Bd. I. S. 83. no. 14., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. §. 947. [In einem Falle hatte der Erblasser schriftlich und vor fünf Zeugen erklärt: meiner Schwestertochter schenke ich, wenn mich der liebe Gott von dieser Welt abruft, also nach meinem Tode, meine Güter u. s. w. Hierüber urtheilte das Jenenser O.-A.-Ger. folgendermaaßen: „Wenn in den beiden vorhergehenden Erkenntnissen von der Ansicht ausgegangen ist, es sey auch bei den donationes mortis causa die Acceptation der Schenkung durch den Beschenkten zur Giltigkeit derselben nothwendig, so kann dieser Annahme in dieser Allgemeinheit als richtig nicht beigepflichtet, sondern diese Acceptation nur da für erforderlich erachtet werden, wo eine solche donatio m. c. in Form und Folge eines Vertrags errichtet wird, und ausschließend darauf beruht, welchenfalls sie alsdann den über Schenkung überhaupt bestehenden Regeln, folglich auch der Nothwendigkeit der Acceptation unterliegt (v. Wening-Ingenheim Lehrb. III. §. 207., Sintenis prakt. Civilr. III. §. 216. sub. 1.), womit sich auch die in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. II. S. 145. von Schröter vertheidigte, übrigens nicht ohne Widerspruch gebliebene (Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XV. S. 96., v. Savigny System IV. S. 261.) Meinung vereinigen läßt, welche in dem S. 145. aufgestellten Ergebniß der Deduktion eine vertragsmäßige Errichtung der donatio m. c. voraussetzt, woraus sich alsdann von selbst ergibt, daß eine solche mort. c. donatio ohne Acceptation ganz undenkbar, und eine nicht acceptirte m. c. donatio keine m. c. donatio sey. In der vom Erblasser vor 5 Zeugen abgegebenen letztwilligen Erklärung kann nun aber in keiner Weise ein mit der Klägerin abgeschlossener Vertrag gefunden werden, da diese

hierbei nicht mit thätig gewesen, jene Erklärung vielmehr einseitig erfolgt und von dem Erblasser am Schlusse der letztwilligen Niederschrift nur die Anordnung noch hinzugefügt ist, dieselbe der Donatarin einzuhändigen, und die Erwartung ausgesprochen wird, dieselbe werde die in dieser Urkunde enthaltene Schenkung annehmen." Blätt. f. Rechtspfl. in Thüringen VI. (1859), S. 25—27.]

Widerruflichkeit ist wesentlicher Charakter der don. m. c. und gilt daher auch bei gegenseitigen Schenkungen auf den Todesfall. Die Ansicht von Schirach im civilist. Archiv Bd. II. no. 31., welcher die Schenkungen auf den Todesfall überhaupt als Erbverträge betrachtet, ist daher wohl mit Recht verworfen worden in den in Emminghaus Sächs. Pand. S. 625. no. 2. u. 4. angeführten Erkenntnissen des O.=A.=G. in Dresden u. Jena. Unwiderrufliche Uebereignung auf den Todesfall wäre daher keine wahre don. m. c.; doch nimmt man, wenn der Schenker seine auf den Todesfall gemachte Schenkung ausdrücklich als unwiderruflich erklärt hat, an, daß eine solche aufrecht erhalten werden könne, insofern sie blos eine Begebung des Reuerechts enthält, wofern nur das Vermögen blos in dem Umfange, wie es beim Todesfall vorhanden seyn werde, verschenkt, und nicht die Schenkung auch für den Fall, daß der Beschenkte früher als der Schenker stürbe, bestehend erklärt ist; s. d. Erkenntn. d. O.=A.=G. in Dresden und Jena in Emminghaus Sächs. Pand. S. 638. no. 13. u. 14., vergl. Mühlenbruch Pand. Lehrb. Bd. III. §. 769.

Zu 2) Bejahend entscheidet l. 26. D. 39. 6. Man kann nämlich streng genommen nicht sagen, das Ueberleben des Empfängers sey erforderlich, sondern nur das Nichtüberleben des Gebers. Der dieser Schenkung zum Grund liegende Gedanke läßt sich demnach so ausdrücken, daß der Geber das Geschenk seinem Erben weniger gönnt, als dem Beschenkten, diesem aber weniger als sich selbst; l. 1. pr. l. 35. §. 2. D. 39. 6. — §. 1. J. 2. 7. Der Schenker muß aber auch in einem solchen Zustand sterben, daß er zur Zeit des Todes noch über sein Vermögen verfügen kann; l. 7. D. 39. 6. — l. 32. §. 7. D. 24. 1., v. Savigny a. a. O.

Zu 3) v. Savigny a. a. O. S. 242. not. h. hält dafür, daß sich darüber keine allgemeinen Regeln geben lassen, sondern nur die Umstände des einzelnen Falles entscheiden müßten. Andere präsumiren für eine Schenkung unter Lebenden, s. Thibaut System §. 565. (Ed. 8.) bezüglich l. 2—4. l. 35. §. 4. D. 39. 6. — J. G. Bauer opusc. T. I. pr. de forma donat., Haubold l. c. Insbesondere darf man ein unbedingt ertheiltes Geschenk, dessen Vollzug

nur auf die Zeit des Todes des Gebers ausgesetzt ist, nicht mit einer donatio m. c. verwechseln; Thibaut a. a. O.*) Die Sächsischen Dicasterien entscheiden, wenn es streitig ist, ob donatio m. c. oder inter vivos anzunehmen sey, im Zweifel für letztere, gestehen aber auch zu, daß sehr genau auf die gebrauchten Worte Rücksicht zu nehmen, keineswegs aber die Entscheidung allein von dem Umstande abhängig zu machen sey, daß dabei des Todes des Schenkers Erwähnung gegeschehen, wie Hommel Rhaps. Obs. 513. behauptet; s. Emminghaus a. a. O. no. 3. S. 626.

Die mündliche Erklärung des A. gegen B., Letzterer solle aus seiner des A. Verlassenschaft 2000 Thlr. erhalten, fällt unter den Begriff einer don. m. c. und ist daher wegen Formlosigkeit nach l. 4. C. 8. 57. für ungiltig zu achten; s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 626. no. 4. gegen Schirach im civil. Archiv Bd. II. no. 31., welcher die Schenkungen auf den Todesfall als Erbverträge betrachtet wissen will.

Zu 4) Was mit Vorsatz oder Schuld des Empfängers vernichtet, beschädigt oder gestohlen worden ist, muß er ersetzen, l. 39. D. 39. 6. — l. 17. §. 1. 2. 4. D. 19. 5. quoniam scit, posse sibi condici, und auch die in der Zwischenzeit aus der geschenkten Sache gezogenen Früchte vergüten; l. 12. D. 12. 4. — l. 38. §. 3. D. 22. 1., wogegen aber natürlich der Schenker auch dem Beschenkten die auf die geschenkte Sache gemachten Verwendungen ersetzen muß; l. 14. D. 22. 1. Hat Letzterer sie verkauft, so hat der Geber die Wahl, durch die Condiction den erlösten Kaufpreis oder den wahren Werth zu fordern; l. 37. §. 1. D. 39. 6., v. Savigny a. a. O. Bd. IV. S. 256.

Zu 5) Unstreitig kann er aus dem peculium castrense und quasi castrense von Todes wegen ebenso wie unter Lebenden schenken, l. 7. §. 6. D. 39. 5., in Ansehung aller anderen Peculien aber der Regel nach nicht ohne Zustimmung des Vaters; l. 7. §. 4. u. 5. D. 39. 5. — l. 25. §. 1. D. 39. 6. Doch gibt es Ausnahmen, und zwar

b) beim pec. profectitium, wenn dem Sohne diese Befugniß ausdrücklich eingeräumt oder vermöge seines Standes für eingeräumt anzusehen ist, l. 7. §. 2. u. 3. D. 39. 5.; aber auch: si filius justa ratione motus donet, wird dieses in dem Fall, da der

---

*) In welchen Beziehungen die donatio m. c. den Legaten gleich gestellt ist, und in welcher sie von ihnen abweicht, s. Schröter a. a. O., Hasse a. a. O v. Vangerow a. a. O.

Vater ihm liberam peculii administrationem überlassen hat, in seiner Dispositionsbefugniß inbegriffen; l. 7. §. 1. D. 39. 5.

b) beim peculium adventitium, wenn es irregulare ist. Indessen sind hier die Meinungen sehr verschieden. Einige gestehen dem Hauskind an keiner Art von Adventizgut eine Schenkungsbefugniß auf den Todesfall zu, ja Manche selbst nicht mit Einwilligung des Vaters, weil dem Hauskind das Recht der Testamentifactio fehle und die l. 7. §. 4. u. 5. D. 39. 5., sowie l. 25. §. 1. D. 39. 6. nur vom pecul. profect. zu verstehen sey, s. Fritz im civilist. Archiv Bd. VI. S. 203. ꝛc., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 408., Müller über die Schenkung auf den Todesfall S. 75. ꝛc., wogegen aber einzuwenden ist, daß die Fähigkeit zu einer m. c. donatio nicht von der testamentifactio abhängt; v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen Bd. II. S. 113., v. Savigny System Bd. IV. S. 259., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 562., sub. No. 3. (S. 665. der 6. Aufl.) in Verb. m. §. 428. No. II.

Es scheint daher mit Meyerfeld a. a. O., Dahmen D. de filio fam. de peculio adventitio irregulari etiam mortis causa disponere valente. Heidelberg 1760., Puchta Pand. §. 463. no. 5., Mühlenbruch Lehrb. §. 640. not. 11. in Praxi angenommen zu seyn, daß der Haussohn über das peculium adventitium ordinarium nur mit väterlicher Einwilligung m. c. disponiren könne, über das extraordinarium aber, sofern er volljährig ist, ganz unbeschränkte Disposition habe, sofern er aber minderjährig ist, nur die Grundsätze von Schenkungen Minderjähriger überhaupt in Anwendung kommen, vgl. v. Buchholtz jurist. Abhandl. S. 249. Hat der Minderjährige seine Schenkung eidlich bestärkt, so kann er nach Canonischem Recht sie nicht anfechten; c. 8. X. de probat. (2. 19.)

Im Falle nun des Vaters Einwilligung nöthig ist, wird auch die Frage aufgeworfen, ob der Vater die einmal gegebene Einwilligung widerrufen könne? s. Vinnius ad pr. J. quibus non est permissum no. 3., Höpfner Instit. §. 414. not. 2. Man sollte aber wohl glauben, daß die Einwilligung in eine widerrufliche Handlung von selbst nicht als unwiderruflich gedacht werden könne.

Zu 6) Durchaus ungiltig ist sie nicht. Wenn die Codicillarclausel beigefügt ist, so können die Eltern nur den Pflichttheil, nicht auch die Trebellianische Quart fordern, s. Geiger u. Glück Rechtsfälle Bd. III. S. 153.

Zu 7) Diese Frage unterlag besonders in einem Fall, wo der

Ehemann seiner Frau sein ganzes Vermögen von Todes wegen geschenkt hatte, und nun dessen Bruder als nächster Intestaterbe wenigstens die Falcidische Quart von der in den Besitz der ganzen Erbschaft gelangten Wittwe forderte, der verschiedensten Beurtheilung bei sechs Juristenfacultäten, worunter jedoch die Entscheidung die Oberhand gewann, daß eine Schenkung von Todes wegen (und dafür war sie ausdrücklich von den beiden Eheleuten erklärt, dadurch aber die Unterstellung eines Erbvertrags ausgeschlossen) als bloße Singularsuccession die Intestaterbfolge und den Abzug der Falcidischen Quart nicht aufhebe, s. Madihn Miscellen Bd. I. S. 142. Durch eine m. c. donatio kann nie eine per universitatem successio begründet werden; s. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 148., Müller über die Natur der Schenkungen auf den Todesfall §. 43. 44. gegen Zimmern in der Tübinger Zeitschr. Bd. III. S. 240., Arndts Pand. §. 590.

Zu 8) Die gesetzlichen Vorschriften in Ansehung pflichtwidriger Testamente, worin Notherben übergangen sind, lassen sich nicht schlechthin auf Schenkungen anwenden, denn sie geben nicht wie jene titulum universalem, sondern nur singularem. In einer Schenkung auf den Todesfall kann so wenig als in einem Codicill eine Erbeinsetzung oder Enterbung geschehen. Gleichwie eine lieblose Schenkung unter den Lebendigen nur in Ansehung des Pflichttheils rescindirt werden kann, l 2. l. 8. C. 3. 29., so ist den Notherben bei Schenkungen auf den Todesfall in l. 5. 10. 11. C. 6. 50. das Recht gegeben, die Falcidische Quart oder, weil der Pflichttheil mehr als jene beträgt, statt derselben diesen abziehen zu dürfen. Auf die angehängte Codicillarclausel kommt hier gar nichts an, weil die Giltigkeit der Schenkung nicht von dieser Clausel abhängt, und da also der Fall nicht eintritt, daß man ein Fideicommiß anzunehmen hätte, so kann auch vom Abzug der Trebellianischen Quart nicht die Rede seyn; Geiger u. Glück merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 153. Auf Schenkungen von Todes wegen sind auch die Verordnungen des canonischen Rechts vom doppelten Abzug des Pflichttheils und der Trebellianica nicht anwendbar; Glück Thl. VII. S. 181.

Kapitel XIII.

Hereditas pactitia.*)

§. 201.

A) Pacta hereditaria adquisitiva.

1) Ist zur Giltigkeit eines Erbvertrags**) gerichtliche Errichtung oder Bestätigung oder wenigstens schriftliche Abfassung nöthig?
2) Ist die deutschrechtliche Giltigkeit der Erbverträge auf den Adelsstand beschränkt?
3) Ist derjenige, welcher einen Andern durch Vertrag zu seinem Erben macht, hierdurch verhindert, Schenkungen und andere Dispositionen unter Lebenden vorzunehmen?
4) Welcher Zeitpunkt entscheidet hinsichtlich der Erbfähigkeit aus einem Erbvertrag?
5) Gilt ein Erbvertrag auch über einzelne Sachen?
6) Gilt der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten, welcher dazu nicht eingewilligt hat?
7) Hat die Verletzung des Notherbrechts die Nichtigkeit des Erbvertrags zur Folge?
8) Wenn Eltern nach vertragsmäßiger Abfindung ihrer Kinder über ihr übriges Vermögen zu Gunsten Fremder testiren, können dann die Kinder ein solches Testament wegen Präterition anfechten?

---

*) [Literatur: Hasse im Rhein. Museum f. Jurispr. II. (1828.) S. 149 ff., Beseler Lehre v. d. Erbvertr. 3 Thle., Buddeus im Rechtslexikon IV. S. 27 ff., Trummer Hamburger Erbrecht II. S. 191—328., G. Hartmann zur Lehre v. d. Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testam. (1860.), — u. über das Preuß. Recht Scharnweber d. letzte Wille u. der Erbvertrag (1861.)]

**) oder: Beerbungsvertrag, s. Beseler Lehre v. d. Erbverträgen Th. II. S. 24. Derselbe bezieht sich nämlich nicht auf den Nachlaß einer noch lebenden Person, sondern auf ihre Beerbung, indem er entweder ein wahres Erbrecht begründet oder aufhebt. — Der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten gehört dagegen so gut wie die hereditas vendita in das Obligationenrecht, indem dadurch nur eine Obligation der künftigen Erben construirt, mithin nur mittelbar dasselbe Resultat bewirkt wird.

9) Kann der Vertragserbe die Erbschaft auch ausschlagen? und kann er nach der Ausschlagung auf sein gesetzliches Erbrecht zurückgehen?
10) Kann er das durch den Vertrag erworbene Erbrecht wenn er vor dem Erblasser stirbt, auf seine Erben transmittiren?
11) Steht dem Vertragserben ein jus accrescendi zu?
12) Finden die Grundsätze des Römischen Rechts de his, quae ut indignis auferunter, auch bei der vertragsmäßigen Erbfolge statt? — und ist auch Widerruf wegen Undanks zulässig?
13) Sind die Grundsätze, welche nach Römischem und Canonischem Recht die Giltigkeit und Wirksamkeit der letzten Willenshandlungen aufheben, auf deutsche Erbverträge anzuwenden?
14) Können auch Kinder, welche noch unter väterlicher Gewalt stehen, Erbverträge giltig errichten?
15) Können auch Vermächtnisse mittels eines Erbvertrags giltig errichtet werden? Kann auch die Zuwendung des Pflichttheils darin giltig geschehen oder auch eine Enterbung in dem mit einem Dritten errichteten Erbvertrag verfügt werden?
16) Wird ein Erbvertrag wegen nachgeborener Kinder hinfällig?
17) Muß der Vertragserbe mit seinem eigenen Vermögen für die Schulden haften?
18) Sind Bedingungen bei der vertragsmäßigen Erbeinsetzung ebenso wie bei der testamentarischen unzulässig?
19) [Hat die Schenkung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens die Natur eines Erbvertrags?]

Zu 1) Wo nicht Particularrechte*) anders verfügen, ist ein Erbvertrag durch den wechselseitigen Consens schon für perfect zu erachten. Die Behauptung Einiger, s. Hommel Rhaps. Obs. 638., daß gerichtliche Errichtung oder Bestätigung nöthig sey, ist fast von allen neueren Rechtsgelehrten verworfen, und wird daher in Praxi nicht erfordert; s. v. Hartitzsch Entscheidungen 2c. no. 169., Beseler a. a. O. §. 2. u. 9., Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. III. no. 258.,

*) Aus unverkennbar guten Gründen läßt das Oesterreichische Gesetzbuch §. 602. Erbverträge nur unter Ehegatten zu, wodurch die schwierigsten Streitfragen wegfallen.

Seuffert's Archiv VIII. No. 152. Wenn aber Mehrere selbst die schriftliche Errichtung nicht nöthig finden, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 453. (402.), Westphal deutsch. Privat. Th. II. no. 71., Runde deutsch. Privatr. §. 660., so ist doch die Stütze solcher Behauptung, welche man in deutscher Gewohnheit findet, gewiß sehr schwankend, indem ein entschiedener Rechtsgebrauch durch ganz Deutschland schwer zu beweisen seyn dürfte. Wo ein solcher jedenfalls nicht empfehlenswerther Gebrauch besteht, konnte er nur daraus entspringen, daß nach deutschem Recht jeder Vertrag klagbar ist. Allein das Obligationen=Recht in das Gebiet des Erbrechts und der Dispositionen auf den Todesfall unbedingt hineinzuziehen, um sie dadurch von allen weisen Vorsichtsmaßregeln, welche das R. R. für diese bestimmt hat, zu entbinden, ist gewiß bedenklich. Es ist nicht wohl eine *obligatio* dessen zu denken, welcher diese selbst nicht einmal erfüllen kann, und ebensowenig, daß der gesetzliche Erbe durch eine behauptete obligatio des Erblassers gebunden werden soll, daß nicht er, sondern ein Anderer Erbe werde, s. Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 206., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 342., Gründler Polemik d. german. Rechts. Th. III. S. 430. [Während auch Dieck in Ersch u. Gruber's Encyclopädie Thl. XL. (1844.) S. 410 ff. u. Walter deutsch. Privatr. §. 431. sub IV. sich für schriftliche Errichtung aussprechen, geht Bluntschli deutsch. Privatr. Bd. II. §. 195. sub 2. noch weiter und verlangt für jeden Erbeinsetzungsvertrag gerichtliche Errichtung oder Beobachtung einer der sonstigen Testamentsformen. Ihm tritt G. Hartmann Lehre v. d. Erbvertr. S. 46. bei, indem er von der Auffassung des Erbvertrags ausgeht, wonach derselbe aus zwei Bestandtheilen: einer Erbeinsetzung und einem Verzichte auf die Testirfreiheit, zusammengesetzt sey, denn es sey widersinnig, für eine widerrufliche Erbeinsetzung bedeutendere Förmlichkeiten zu verlangen, als für eine unwiderrufliche; übrigens seien die meisten Erbeinsetzungsverträge bisher gerichtlich abgeschlossen, und viele Partikularrechte verlangten dies ausdrücklich (vgl. Beseler a. a. O. §. 7. S. 199., §. 9. S. 243., Buddeus im Rechtslex. IV. S. 41. Anm. 100.]

Zu 2) Nachdem man von der aus dem römischen Recht entlehnten Meinung, daß adquisitive Erbverträge überhaupt ungiltig seyen, zurückgekommen ist, glauben gleichwohl Manche, daß der deutsche Gebrauch der Erbverträge sich auf den Adel beschränke, bei Bürgerlichen aber nur durch besondere Gewohnheiten und Statuten für Ehepacten und Einkindschaften begründet werden könne, s. Cocceji jus con-

trov. Lib. II. tit. 14. qu. 3. §. 4., Lyncker Resp. I. 5. no. 2., Strecker D. doctrina de pactis successoriis ejusque usu in Germamania XI. §. 5., allein nach der Autorität der meisten und bewährtesten Rechtsgelehrten als Schilter, Wernher, Cramer, Heineccius Elem. jur. germ. Lib. II. §. 167. no. 3., Leyser Sp. 43. Med. 5., Struben rechtl. Bedenken Th. II. S. 256., Runde a. a. O. §. 660., Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 26., Gründler Polemik Th. III. §. 658., Pütter Rechtsfälle Bd. III. Th. I. Resp. 258. ist dies nicht blos als Vorzug eines privilegirten Standes anzusehen.

Zu 3) Ein Erbvertrag hebt nur die Befugniß zu Dispositionen auf den Todesfall auf, beschränkt aber, da sein Gegenstand nur der künftige Nachlaß ist, nicht die Dispositionsfreiheit unter Lebenden selbst nicht die Veräußerung unbeweglicher Sachen, wenn deren Unveräußerlichkeit nicht besonders festgesetzt ist, s. Eichhorn a. a. O. §. 344., Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. IV. no. 391., Mittermaier a. a. O. §. 454. (403.), ebensowenig die Freiheit zu Schenkungen,*) wofern nicht dolus vorliegt, welcher zwar bei einer donatio omnium bonorum**) zweifelsfrei wäre, außerdem aber vom Vertragserben bewiesen werden müßte, was wohl meistens nur durch künstlichen Beweis geschehen kann; s. Beseler Lehre von den Erbverträgen Bd. I. S. 259. Selbst wenn der Erbvertrag auf eine Liegenschaft in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, kann dies die Natur des Erbvertrags, welche Dispositionen unter Lebenden nicht ausschließt, nicht ändern, denn der Vertragserbe erhält ja nur auf dasjenige einen Anspruch, was der Andere hinterlassen wird; s. Mittermaier a. a. O. Zwar räumt Eichhorn a. a. O. dem Vertragserben ein Widerspruchsrecht gegen Veräußerungen ein, welche in der Absicht, sein Recht zu vereiteln, vorgenommen werden, dabei möchte es aber immerhin mit der probatio doli mißlich aussehen. Das Preuß. Landrecht Th. I. Tit. 12. §. 626. gesteht dem Vertragserben blos den Antrag auf Prodigalitätserklärung zu, wenn die Handlungsweise des Promittenten von der Art ist, um ihn nach den Gesetzen für einen Verschwender erklären zu können, im Fall übermäßiger Schenkungen

---

*) Doch ist, wenn auch die Consequenz zur entgegengesetzten Ansicht zu führen scheint, s. Beseler a. a. O. S. 263., die donatio mortis causa nicht zulässig; Paez Comm. pag. 976. cit. §. 10., Eichhorn a. a. O., Mittermaier a. a. O., Hommel Rhaps. Vol. VI. qu. 708.

**) [s. unten zu Fr. 19.]

aber den Widerruf nur in den Grenzen, innerhalb deren der Schenker selbst nach den Gesetzen zum Widerruf berechtigt war; ib. §. 625., vergl. Paez Comm. successione per pactum promissa, quatenus promittenti facultas inter vivos disponendi ademta sit. Gött. 1801. §. 14—16.

Zu 4) Es genügt, wenn der Vertragserbe die Erbfähigkeit nur zur Zeit des Todes des Erblassers, und wo das Erbrecht in Wirksamkeit treten soll, wirklich hat; s. Beseler a. a. O. Bd. II. S. 256., Mittermaier a. a. O. §. 454.

Zu 5) Nach römischem Recht wäre derselbe wohl ungiltig, s. Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 370., für dessen Giltigkeit aber nach deutschen Rechten sprechen mehrere Autoritäten, s. Mittermaier a. a. O. S. 506. u. 511. Mit dem Tode des Erblassers soll das Recht des Vertragserben auf die Sache dergestalt wirksam werden, daß er sie sogar gegen einen Dritten vindiciren kann; s. Eichhorn a. a. O. §. 344., Stryck de succ. ab intest. Diss. 8. cap. 7. §. 30. 31. 49. Doch wäre dies nach Eichhorn a. a. O. not. c. in Ansehung unbeweglicher Sachen mit der Einschränkung zu verstehen, wenn nicht nach den Gesetzen eine gerichtliche Handlung zur Erwerbung eines Rechts daran nöthig ist.*)

Zu 6) Bekanntlich läßt die l. 30. C. 2. 3. einen solchen Vertrag nur unter Zustimmung desjenigen gelten, um dessen Erbschaft es sich handelt. Unter dieser Voraussetzung ist daher nirgend ein Zweifel über die Giltigkeit eines solchen Erbvertrags; s. Gebr. Overbeck Medit. Bd. IV. S. 189.

Außerdem waren die meisten älteren Rechtsgelehrten der Meinung, daß den römischen Rechtsgrundsätzen über Ungiltigkeit solcher Verträge umsomehr nachzugehen sey, als man auch in ältern deutschen

---

*) Diese Einschränkung erklärt jedoch Beseler a. a. O. Bd. II. S. 216. für inconsequent, denn entweder ist der Erbvertrag hier ein vollgiltiger, so muß er es in allen Fällen seyn, ist er es aber nicht, so kann es keinen Unterschied machen, ob der Erwerb des Rechts durch eine gerichtliche oder außergerichtliche Handlung bewirkt wird. Beseler statuirt aber überhaupt keinen Erbvertrag an einzelnen Sachen, weil er von seinem Begriff den Charakter einer Universalsuccession für unzertrennlich erachtet, wo nicht nach deutschem Recht noch ein Erbrecht an einzelnen Sachen sich erhalten hat, z. B. bei Familienfideicommissen. Außerdem wäre die Vergabung einzelner Sachen von Todes wegen als eine donatio mortis causa zu betrachten; s. auch v. Langenn u. Kori Erörterungen Th. II. no. 25.

Rechtsbüchern, z. B. Capitular. Lib. VII. c. 328., Schwabenspiegel c. 278. damit und insbesondere mit l. 2. C. Th. fam. ercisc. ganz übereinstimmende Grundsätze finde. Unter den neueren Rechtsgelehrten findet man diese Meinung vorzüglich vertheidigt in Kapff merkw. Civilrechtssprüchen Bd. I. S. 33., Hasse im Rhein. Mus. Bd. II. S. 228. Dagegen wird aber eingewendet, daß weder die Capitulare noch der Schwabenspiegel ein gemeines Recht begründen, daß vielmehr die Zulässigkeit der Erbverträge in Deutschland ohne eine besondere Ausnahme in Praxi anerkannt sey, und auch die Analogie des Longobardischen Lehenrechts dafür spreche, Feud. I. 27. §. 1., Sächs. Lehenrecht Kap. 10., Auctor vetus de beneficiis §. 27., Mittermaier d. Privatrecht Bd. II. §. 453., Gründler Polemik Th. III. §. 659., Thibaut System §. 678., Hommel Rhaps. Obs. 59., Kreittmayr Anmerk. ad Cod. Bavar. civil. P. III. Cap. 11. §. 1. no. 4., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 343. Dafür ist auch ein Erkenntniß des O.-A.-Ger. in Stuttgart anzuführen; s. Hufnagel Mittheilungen H. I. S. 211. [Das O.-A.-G. zu Celle nahm in einem Falle an, daß ein Erbvertrag, welchen mehrere Geschwister über den Nachlaß ihrer noch lebenden Mutter abschlossen, keineswegs als solcher ohne Weiteres, sondern nur deßhalb als rechtsbeständig anzusehen sey, weil die Mutter dem fraglichen Erbvertrage über ihren Nachlaß zugestimmt habe. Magazin f. hannövr. R. II. S. 443. u. Seuffert's Archiv VIII. No. 153. Vergl. ebendas. I. No. 252. II. No. 313. Mit dieser Ansicht stimmt auch Beseler System Bd. II. S. 522. überein.]

Zu 7) Verschiedene Ansichten hierüber s. Paez Comm. cit. §. 9., Beseler Lehre v. d. Erbvertr. Bd. II. S. 296., Linde Obs. quaedam e succ. germ. inprimis pactitia. Bonn 1820. pag. 19. Da man aber darin einig ist, daß ein Erbvertrag, zum Unterschied von der donatio mortis causa, eine Universalsuccession begründe, so ist keine hinlängliche Ursache vorhanden, um nicht die rechtliche Folge hier ebenso wie bei einem die Rechte der Notherben verletzenden Testament zu bestimmen, wo nach dem reinen Derogationssystem nur die Erbeinsetzung aus dem Testament herausgenommen, und der nächste gesetzliche Erbe dagegen eingeschoben wird. Sehr viele Germanisten beschränken indessen das Recht zur Anfechtung auf die Gewährung des Pflichttheils; Hommel Rhaps. I. Obs. 203., Eichhorn a. a. O. §. 343., Maurenbrecher Lehrb. §. 562. no. 1., Mittermaier a. a. O. §. 454., Brinkmann wissenschaftlich prakt. Rechtskunde Bd. I. S. 79., Eichhorn deutsch. Privatrecht §. 343., was auch

im Oesterreich. Gesetzbuch §. 1254. und im Cod. Max. Bavar. P. III. Cap. 11. §. 1. no. 6. 7. u. 13. angenommen ist.*)

Die Gründe dafür sind theils, daß die Bestimmung des römischen Rechts über die Art, wie den Notherben der Pflichttheil im Testament hinterlassen werden muß, und die Folgen der Präterition in diesem, als römische Subtilitäten auf Erbverträge nicht anwendbar seyen, s. Eichhorn a. a. O., theils daß das Recht der qu. inofficiosae donationis auch nicht weiter als auf Freilassung des Pflichttheils gehe; s. Linde Diss. Observat. quaedam de successione Germanica imprimis pactitia §. 9. Bonn 1820. Dagegen bemerkt Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVIII. S. 63. ꝛc., der erste Grund beruhe auf einer petitio principii; vielmehr müsse man, wenn das Recht der Notherben einmal gesetzlich feststeht, einer Verletzung desselben immer die gleiche Wirkung einräumen, die Verletzung mag nun durch ein Testament oder durch einen Erbvertrag geschehen.

Nach Justinians neuesten Verordnungen ist es nicht genug, daß die Kinder ihren Pflichttheil der Quantität nach bekommen, sie sollen ihn auch in der gehörigen Qualität, d. i. titulo universali, als Erbtheil erhalten, und können außerdem verlangen, daß die ihnen nachtheilige Disposition rescindirt und ihnen die Erbschaft als Intestaterben zuerkannt werde. Die Analogie der inofficiosa donatio passe nicht, weil durch sie nicht die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen wird, wogegen der Erbvertrag, wenn er ein universeller ist, titulum successionis universalis gibt; s. auch Paez l. c. S. 23. u. Beseler a. a. O. Bd. II. S. 295.**)

Zu 8) Es ist, wie Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. §. 411. bemerkt, mindestens sehr räthlich, daß derjenige, welcher seine Kinder für ihr künftiges Erbrecht durch Vertrag abgefunden hat,

---

*) Ebenso im Preußischen Landrecht Th. II. Tit. 2. §. 481. ꝛc., dieses jedoch aus nothwendiger Consequenz, weil es nur auf den Pflichttheil einen Anspruch gibt.

**) Wenn nun dem Notherbenrecht der gleiche Einfluß auf den Erbvertrag, wie auf das Testament, eingeräumt wird, so fragt sich noch, ob dort wie da Legate und Pupillarsubstitutionen bestehen bleiben. Für die gleiche Aufrechthaltung der ersteren entscheidet sich gegen manche obwaltende Zweifel Beseler a. a. O. S. 301., Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXVIII. S. 71. ꝛc., wogegen er Pupillarsubstitutionen als ein Vorrecht der Testamente betrachtet. Im Vertrag wären sie ein pactum de hereditate tertii, welches unter den vorliegenden Umständen ohne eine besondere hier nicht begründete Begünstigung nicht gelten könnte.

wenn er in der Folge über sein übriges Vermögen testirt, seine Kinder ausdrücklich in das bereits Empfangene instituire. Die Unterlassung war Ursache eines sehr schwierigen Processes, welchen v. Gönner über ein von ihm verfaßtes Testament der Frau v. Darberg zu bestehen hatte, welcher aber am Ende doch noch günstig für ihn entschieden wurde; s. v. Gönner über den Begriff von Notherben 2c. Landshut 1812. und dessen Beiträge zur Jurisprudenz der Deutschen Bd. I. no. 9., dann desselben Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums Bd. IV. S. 435. In manchen Particularrechten, z. B. dem Cod. Max. Bavar. P. III. tit. 8. §. 14. no. 5., ist sogar ausdrücklich bestimmt: „wenn Notherben freiwillig auf die Erbschaft renuncirt haben, so müssen sie nichtsdestoweniger in der bereits empfangenen oder von Rechtswegen zu empfangen habenden Portion instituirt werden." Gemeinrechtlich aber wird die Zulässigkeit eines Testaments, worin der Testator ohne weitere Berücksichtigung der bei Lebzeiten durch Vermögensübergabe wegen ihres künftigen Erbrechts abgefertigten Kinder zu Gunsten Fremder über sein übriges Vermögen testirt, unbedenklich zu behaupten seyn, wenn nur die Kinder im Erbvertrag als Universalerben bereits erklärt waren; vergl. Glück Thl. XXV. S. 388., s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 84., Thl. XXXVIII. S. 77., Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. Obs. 19. Sonderbar scheint es freilich, daß auf diese Weise zwei Erbschaften und zweierlei Erben Einer Person entstehen, was Huschke im Rhein. Museum Bd. VI. S. 298. für unzulässig hält, indem er in dem Grundsatz: nemo pro parte testatus etc. dessen Anwendbarkeit im deutschen Erbrecht jedoch von den wenigsten Rechtsgelehrten anerkannt wird, auch die Regel für inbegriffen erachtet: nemo pluribus testamentis pro parte relictis decedere potest.

Zu 9) Insofern man annimmt, daß durch den Erbvertrag schon die Erbschaft erworben sey, scheint die erste Frage zwar verneinend beantwortet werden zu müssen, allein auf ein durch die Gesetze erworbenes Recht kann ja verzichtet werden, und selbst gegen eine schon angetretene Erbschaft kann man Restitution erlangen; s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 454. (403.) S. 513., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 331., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 344. S. 840.

In Ansehung der zweiten Frage muß man, da der Vertragserbe selbst in die Veränderung seines Erbrechts gewilligt hat, um so mehr den Grundsatz festhalten, daß er nicht zu dem Zweck, um sich von den vertragsmäßig übernommenen Prästationen zu befreien, auf das gesetzliche Erbrecht recurriren könne; s. Beseler a. a. O. S. 275.

Zu 10) Hier kommt es vorzüglich darauf an, ob man die Erbschaft durch Schließung des Erbvertrags schon, oder erst mit dem Tod des zu Beerbenden als erworben betrachtet. Gegen die Transmissibilität, sofern der Vertragserbe den Anfall der Erbschaft nicht erlebt hat, entscheiden, besonders wegen der allgemeinen Natur des Erbrechts und nach der präsumtiven Absicht der Paciscenten, v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 71., wo sich auch die Literatur über diese sehr bestrittene Frage findet, ferner Mittermaier deutsch. Privatr. §. 454., Beseler Lehre von Erbverträgen Bd. II. S. 305.*), wogegen für die Transmissibilität vermöge der allgemeinen Natur der Vertragsrechte und des durch die Acceptation dem Vertragserben bereits unwiderruflich erworbenen Rechts Glück Thl. VI. S. 558., Thl. XXV. S. 389., dessen Intestaterbfolge §. 8., Hofacker l. c., Westphal deutsch. Privatr. Th. II. S. 401., Kurz de pactis successoriis §. 16., Rivinus de transmissione juris succed. antecessoris morte non delati §. 6. in Opusc. pag. 434., Gründler Polemik Th. III. S. 433., Boehmer de fundamento pactor. famil. cap. 2. §. 11. no. 7., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 171., nur mit Einschränkung aber Eichhorn a. a. O. §. 344., nämlich mit Rücksicht auf die muthmaßliche Absicht der Paciscenten,**) wobei derselbe bemerkt, daß es bei manchen Arten von Erbverträgen schon

---

*) Dieser besonders deswegen, weil er in dem Erbvertrag nur einen Delationsgrund, nicht aber durch den Erbvertrag schon die Erbschaft als erworben ansieht. Als bloßer Delationsgrund kann er, wie jeder andere, nur ein Recht zur Erwerbung geben, diese muß dann erst durch Antretung zu Stande kommen, und stirbt der Vertragserbe vor der Antretung, so kann er die Erbschaft auch nicht auf seine Erben transmittiren.

**) Dagegen muß man aber einwenden: auch wenn die Absicht vorhanden war, kommt es immer noch darauf an, ob auch das rechte Mittel ergriffen ist, um sie zu realisiren. Die Erben treten ja als solche nicht in den Vertrag ein; sie erscheinen also als Dritte, auf welche das Geschäft ausdrücklich gerichtet seyn muß, wenn sie Rechte daraus ableiten sollen; s. Beseler a. a. O. S. 307. Uebrigens wird die Absicht des Promittenten nicht leicht zu Gunsten des gar nicht vorauserkennbaren Erben des Vertragserben zu vermuthen seyn. Dieser Ansicht folgte in einem in Schwarze und Heyne Untersuchungen S. 15. mitgetheilten Rechtsfall das A.-G. in Dresden, wurde aber gleichwohl vom O.-A.-G. allda reformirt, welches statuirte: in der Acceptation des Vertrags sey schon die zu bewirkende Antretung erklärt, und sowie der Promittent nicht von demselben abgehen könne, so sey auch der Erbe des Promissars so berechtigt als verbunden, den Nachlaß des Ersteren anzutreten und pro viribus zu vertreten.

in deren Natur liege, daß die Erben des Vertragserben an dessen Stelle treten. Für das Gegentheil, nämlich dahin: wenn der in einem Vertrag ernannte Erbe vor dem Erblasser stirbt, so geht sein vertragsmäßiges Erbrecht nicht auf seine Erben über, wenn nicht ein Anderes in dem Erbvertrag festgesetzt ist, entschied das O.=A.=Ger. in Celle s. Emminghaus Corp. jur. Cerm. Th. II. Liefr. 1. S. 46.

Zu 11) Wenn nicht die erweisliche Absicht der Contrahenten darauf gerichtet ist, kann, wenn von mehreren vertragsmäßigen Erben einer die Erbschaft ausschlägt, für den vacanten Theil nur die Intestaterbfolge eintreten, wie wenn der Erbvertrag nur über einen Theil des Vermögens errichtet ist; s. Glück Thl. VI. S. 555., Beseler a. a. O. S. 280., Mittermaier a. a. O. §. 454.

Zu 12) Die bejahende Entscheidung ist in Ansehung der ersten Frage keinem erheblichen Zweifel unterworfen, s. Beseler a. a. O. Bd. II. S. 311., und besonders ausgeführt in einem Erkenntniß des O.=A.=G. in Cassel, s. Pfeiffer neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen rc. Bd. IV. Dec. 155.

Sehr zweifelhaft ist es aber, ob der Widerruf wegen Undank nach Analogie der Lehre von den Schenkungen stattfinde, wie Eichhorn deutsch. Privatr. §. 345. anzunehmen geneigt scheint, wogegen Beseler a. a. O. S. 312. wegen Verschiedenheit beider Geschäfte verneint, und blos Restitution als ein wenigstens außer dem Fall eines Irrthums oder Betrugs gleichwohl sehr zweifelhaftes Hilfsmittel für möglich hält; vergl. Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §. 7.

Zu 13) Die verneinende Entscheidung, s. Pfeiffer a. a. O. Bd. III. no. 19., ist wohl keinem gegründeten Bedenken unterworfen.

Zu 14) Bei ihnen scheint das römische Institut der Testamentifaction wohl nicht im Wege zu stehen, sofern sie nur in der Veräußerung unbeschränkt sind; s. Eichhorn a. a. O. §. 343.

Die Meinungen hierüber sind indeß verschieden. Nach Eichhorn a. a. O. §. 343. können Minderjährige nicht ohne Zustimmung ihres Vormunds und obrigkeitliches Decret einen Erbvertrag schließen; Mittermaier a. a. O. §. 453., a. E. hält den Consens der Vormünder nicht für wesentlich erforderlich. Von Ehe= und Erbverträgen behauptet dies auch Stryck de succ. ab intestato Diss. VIII. Cap. 5. §. 13.; allein von der gesetzlich beschränkten Dispositionsfreiheit der Minderjährigen ist keine gesetzliche Ausnahme zu finden. Doch steht

bei Kindern unter väterlicher Gewalt das römische Institut der Testamentifaction wohl nicht im Wege; s. Eichhorn a. a. O.*)

Zu 15) Mittermaier a. a. O. §. 454. hält den Vertragserben ohne Einschränkung für verbunden, die Legate, welche ihm auferlegt sind, zu entrichten;**) dagegen Mühlenbruch bei Glück XXXVIII. S. 68. dem Grundsatz gemäß, daß durch Verträge einem nicht mitpaciscirenden Dritten in der Regel kein Recht erworben werde, und auch das deutsche Recht Verträge zu Gunsten eines Dritten nicht allgemein als giltig anerkennt (s. Eichhorn a. a. O. §. 343. IV.) gibt dies nur ausnahmsweise zu, wenn Dritte als Singularsuccessoren am Erbvertrag Theil genommen haben, oder derselbe in einer auch für letztwillige Verfügungen giltigen Form, z. B. gerichtlich oder vor 5 Zeugen, errichtet ist. Mühlenbruch räumt aber doch ein, daß Anordnungen zum Besten Dritter im Erbvertrag stattfinden können, welche im Wesentlichen die Wirkung von Vermächtnissen haben, a. a. O. S. 70—73.; man kann daher nur soviel behaupten, daß solche Anordnungen zwar dem nicht beigezogenen Dritten kein unwiderrufliches Recht gewähren, vielmehr nur den Charakter einseitiger letztwilliger Verfügungen behalten; bleiben sie aber unwiderrufen, so kann der Dritte ebensogut auf die Erfüllung der zu seinen Gunsten dem Vertragserben gemachten Auflage, wenn dieser nur wirklich Erbe geworden ist, klagen, wie aus einem Fideicommiß oder einer donatio

*) Sowohl die Frage: ob die Testamentsmündigkeit, wo sie vor der gewöhnlichen Mündigkeit eintritt, auch zur Abschließung von Erbeinsetzungsverträgen berechtige? als auch ob ein Haussohn über sein peculium adventitium einen Erbeinsetzungsvertrag eingehen könne? verneint Beseler a. a. O. Bd. II. S. 225. — Das Großherzogl. Hessische Hofgericht in Darmstadt nahm bei Entscheidung über die Giltigkeit eines von einem noch nicht ganz volljährigen Mädchen mit ihrem Verlobten geschlossenen Erbvertrags an, daß solcher, wenn einer der Ehegatten eltern- oder kinderlos gestorben, ohne anderweit disponirt oder widerrufen zu haben, als Schenkung auf den Todesfall aufrecht zu halten sey; s. Bopp Mittheilungen Bd. III. S. 127.

**) [Verschieden von diesem Verhältniß ist der s. g. Vermächtnißvertrag oder particuläre Erbvertrag, d. h. ein Vertrag, durch den dem anderen Contrahenten selbst unmittelbar ein Vermächtniß bestellt wird. Hierüber s. Hartmann Zur Lehre v. d. Erbvertr. S. 73 ff. Ein solcher ist vom O.-A.-G. zu Celle für giltig erklärt worden, s. Seuffert's Archiv XII. No. 279. Vergl. Eichhorn Einleit. §. 344., Hasse im Rhein. Mus. III. S. 17 ff. Gegen die Annahme eines solchen von der mortis c. don. sich unterscheidenden Vertrags haben sich ausgesprochen Beseler System Bd. II. §. 158. sub III. u. v. Gerber System §. 257. Vergl. oben die Einschaltung in §. 200. zu Nr. 1.]

sub modo.*) Auch die Zuwendung des Pflichttheils in einem Erbvertrag findet derselbe Verfasser statthaft, besonders wo die Gesetze nicht eine formelle Berücksichtigung der Notherben in einem Testament erfordern.

Nimmt man mit den meisten Rechtsgelehrten an, daß h. z. T. die Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, nicht mehr zur Anwendung komme, so läßt sich eine solche Verfügung aus dem in einem von der Göttinger Juristenfacultät entschiedenen Rechtsfall, s. Reinhardt Obs. sel. ad Pauli Christianaei Decis. Vol. IV. Obs. 68. pag. 104. etc., angenommenen Gesichtspunkt rechtfertigen, daß ja der Erblasser die gesetzliche Erbfolge nicht ausgeschlossen hat, indem er über den Theil, welcher dem Notherben gebührt, nicht verfügt hat.

Daß aber auch eine Enterbung in einem Erbvertrag zulässig sey, wie Mayer Diss. an et quatenus princ. jur. Rom. de success. necessaria ad pacta success. applicari possunt §. 18. annimmt, ist gewiß zu verwerfen; s. Mühlenbruch a. a. O. S. 98., Mittermaier a. a. O. §. 454.

Zu 16) Wenn Eichhorn a. a. O. §. 345. u. Mühlenbruch a. a. O. S .60. behaupten, wegen nachgeborner Kinder einen Erbvertrag aufzurufen, sey kein statthafter Grund, so kann damit nicht für geleugnet angesehen werden, daß nachgeborne Kinder den Erbvertrag rumpiren; s. Mühlenbruch a. a. O. Thl. XXXVIII. S. 60., Pufendorf Obs. jur. univ. Obs. 173. Kinderzeugen bricht ja auch Ehestiftung, und es ist wohl auch richtiger, mit Mühlenbruch a. a. O. anzunehmen, daß die Nachgeborenen diesfalls nicht auf den Pflichttheil zu beschränken seyen.

Zu 17) Wenn der Erbvertrag nur auf 'einen einzelnen Vermögensgegenstand gerichtet ist, so haftet der Vertragserbe nur für die vor demselben vom Erblasser contrahirten Schulden, und nur insoweit das übrige Vermögen nicht hinreicht, s. Eichhorn a. a. O. §. 344., Berger Oecon. jur. Lib. I. tit. 3. th. 11., Harpprecht de fideicommisso conventionali (Diss. Vol. II. th. 46.); ist der Erbvertrag aber ein universeller, so haftet er für alle Schulden, kann sich aber auch wie ein anderer Erbe der Rechtswohlthat des Inventars bedienen; Mittermaier a. a. O. §. 454 a. E., Stryck de succ.

---

*) Vergl. den folgenden Abschn. vom Erbverzicht Fr. 1., Beseler Lehre von Erbverträgen Bd. II. S. 215. 254. u. 324., Maurenbrecher Lehrb. Bd. II. S. 744.

ab int. Diss. V. §. 30., Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 34., Beseler a. a. O. Bd. II. S. 275.

Zu 18) Die Unzulässigkeit einer Resolutivbedingung muß, da sie mit dem Princip: semel heres semper heres zusammenhängt, auch hier angenommen werden. [Etwas Anderes ist der Vorbehalt des einseitigen Rücktritts seiten eines Paciscenten: s. Seuffert's Archiv VIII. No. 120.] In Ansehung der moralisch unmöglichen und der affirmativ physisch unmöglichen Bedingungen möchten aber die Grundsätze der Vertragslehre auch beim Erbeinsetzungsvertrag in Anwendung kommen; s. Beseler a. a. O. Bd. II. S. 268. Vergl. auch Hartmann Zur Lehre v. d. Erbvertr. S. 51. ff.

Zu 19) [v. Savigny System Bd. IV. S. 142. erklärt eine solche Schenkung für einen versteckten Erbvertrag und daher für ungiltig nach Röm. Recht; unter diesem Gesichtspunkt hielten ältere Rechtslehrer, wie Carpzov P. 2. const. 12. def. 26., Schilter Exercit. 43. §. 19. einen solchen Vertrag für ungiltig. Dagegen bemerkt Köppen System d. heut. röm. Erbrechts I. S. 196. mit Recht, daß auch neben einer Schenkung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens noch die Existenz einer Erbschaft (was neben einem Erbvertrag nicht seyn könne) möglich sei. Der Schenker werde hier auf Uebertragung aller einzelnen Rechte, die er schon hat und die er später erwirbt, verpflichtet, und der Beschenkte hafte ihm für die Zahlung der Schulden, soweit die geschenkten Aktiva reichen; bei seinem Tode könne daher der Schenker immer noch vererbliche Rechte und Verbindlichkeiten zurücklassen, nämlich seine noch nicht getilgten Schulden, die actio praescriptis verbis gegen den Beschenkten auf Tilgung derselben und seine noch nicht auf den Beschenkten übertragenen Rechte; diese Vermögensstücke machten seine Erbschaft aus; allerdings werde der Erbe im günstigsten Falle aus einem solchen Nachlaß nichts erhalten, vielmehr noch Schulden des Erblassers zu bezahlen haben, wenn diese den Betrag der Schenkung übersteigen.]

---

§. 202.

B) Erbverzicht (pactum successorium renunciativum).*)

1) Bedarf der Erbverzicht zu seiner Giltigkeit obrigkeitlicher Bestätigung oder eidlicher Bestärkung?

---

*) [Vergl. dazu G. Hartmann Zur Lehre v. d. Erbvertr. S. 67. Anm. 1.]

2) Bindet derselbe auch die Nachkommen des Verzichtenden und diejenigen, welche, nachdem der Verzichtende gestorben, die nächsten Notherben beim Tod des Erblassers sind?
3) Wenn zum Vortheil einer gewissen Person verzichtet wurde, revivifcirt dann das Erbrecht des Verzichtenden durch das Hinwegfallen jener Person von selbst?
4) Wenn bei den Erbverzichten der adeligen Töchter der Vorbehalt auf den ledigen Anfall angehängt ist, gilt dann die Regredienterbschaft schon, wenn der Mannsstamm ausstirbt, oder nur, wenn der letzte männliche Besitzer auch keine weiblichen Nachkommen hinterläßt?
5) Ist zum Erbverzicht adeliger Töchter auch der Consens des Vormunds und ein decretum de alienando nöthig?
6) Steht den durch einen Vertrag abgefundenen Kindern noch ein Intestaterbrecht zu? Vergl. oben §. 201. zu Fr. 8.
7) Hat der Erbverzicht der Töchter auch die Wirkung, sie von den im elterlichen Nachlaß befindlichen Weiberlehen auszuschließen?

Zu 1) Fast alle älteren Rechtsgelehrten, z. B. Stryck, Leyser, Cramer, Berger, Wernher, Hommel, Gaill, Lauterbach, Berlich u. a., glaubten gegen das Verbot der Erbverträge im römischen Recht nur in der Bestimmung des canonischen Rechts, wonach der Eid die Kraft hat, aus einem actu invalido validum zu machen, cap. 2. de pactis in VIto die nöthige Stütze zu finden; s. auch Böhmer Rechtsfälle Bd. III. no. 195. de pacto hereditario renunciativo juramento non confirmato et metu extorto invalido, Schmidt hinterlassene Abhandlungen prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 391., allein seit der Befestigung deutscher Rechte und Gebräuche kamen selbst manche der Aelteren von ihrer früheren in die ältere Gerichtspraxis übergegangenen Meinung ab, s. Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. th. 48. no. 5., Wernher Obs. for. P. II. Obs. 430. u. P. VII. Obs. 63., Horn Jurispr. feud. Cap. 16. §. 17., und h. z. T. besteht wohl kein Zweifel mehr über die Giltigkeit der Erbverzichte auch ohne das Bindemittel des Eides; s. Gottschalk sel. discept. for. — T. I. cap. 13., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. §. 1405., Danz Handb. d. deutschen Privatr. Bd. VII. §. 660., Mevii Dec. Vol. III. no. 270., Schilter Exerc. VIII. §. 40., Heineccii jus germ. Lib. II. §. 173., Mittermaier a. a. O. §. 456., Eichhorn a. a. O. §. 349., Gründler Polemik Th. I. §. 665., vergl. v. Bülow u. Hage=

mann prakt. Erörterungen Bd. II. S. 884., und, wo nicht Landesgesetze etwas Anderes vorschreiben, auch ohne gerichtliche Bestätigung; Beseler a. a. O. Bd. II. S. 242., Mittermaier a. a. O. §. 456. Den Kindern, zu deren Gunsten die Renunciation geschehen ist, wird selbst das rem. ex. l. ult. C. de edicto D. Hadr. toll. (6. 33.) aus einem solchen pactum successorium zugestanden; Pütter Rechtsfälle Bd. IV. no. 391. Der Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte kann ein gegen ein Aequivalent ausgestellter Erbverzicht wohl nicht unterliegen, da der Gegenstand ein von so vielen Zufällen abhängiges Recht ist; vergl. Curtius Handb. §. 836. not. m. (Ed. 4.)

Zu 2) Wenn der Verzichtende den Erbanfall erlebt hat, so sind seine Erben von selbst daran gebunden; hat er ihn aber nicht erlebt, so kann sein Verzicht denjenigen nicht präjudiciren, welche alsdann die nächsten Erben sind; Stryck de succ. ab int. Diss. VIII. no. 76. Die Wirksamkeit eines Erbverzichts hängt davon ab, daß diejenigen die nächsten Erben bleiben, welche es zur Zeit der Disposition waren, wenn nicht besondere Bedingungen vorliegen, unter welchen überhaupt ein Verzicht für die Nachkommen verbindlich seyn kann; vergl. Maurebrecher Lehrb. Bd. II. S. 744., Mittermaier a. a. O. §. 456.*)

Notherbenrechte können insbesondere durch Erbverträge nicht verletzt werden, daher folgt von selbst die Unverbindlichkeit renunciativer Erbverträge der nächsten Notherben für diejenigen, welche durch das Hinwegfallen jener es geworden sind; s. Mühlenbruch bei Glück Thl. XXXV. S. 89., Gönner über den Begriff eines Notherben S. 17. 2c., Stryck Diss. VIII. de succ. ab int. Cap. X. §. 77.

Zu 3) Dieses ist wohl nur nach der aus dem Vertrag zu entnehmenden Absicht der Contrahenten zu entscheiden; s. Mittermaier a. a. O., Beseler a. a. O. S. 249.

Zu 4) Die Meinungen hierüber sind eben so verschieden als unbestimmt. Die vollständige Literatur über diese reichhaltige Streitfrage, sowie die Gründe für die eine und die andere Meinung s. Gründler Polemik Th. III. §. 666., Beseler über Erbverträge Bd. II. §. 27. und S. 295. Am meisten ist wohl diejenige Ansicht

*) Entgegengesetzt verordnet das Oesterreichische Gesetzbuch §. 551.: „wer über sein Erbrecht selbst giltig verfügen kann, ist auch befugt, im Voraus darauf Verzicht zu thun. Eine solche Verzichtleistung wirkt auch auf die Nachkommen." Die in v. Zeiller's Commentar darüber gegebene Erklärung: „durch die Verzichtleistung begiebt sich der vermeintliche Erbe schon des Erbanfalles, und eine nicht angefallene Erbschaft kann auf die Nachkommen nicht übertragen werden," möchte aber wohl nicht die indistincte Fassung des Gesetzes rechtfertigen. Vergl. auch oben Kap. II. §. 134. zu Fr. 9.

verbreitet, nach welcher der Vorbehalt zum Besten der Regredienterbin nur dann wirksam wird, wenn der letzte männliche Besitzer auch keine weiblichen Nachkommen hinterläßt; s. Mittermaier a. a. O. §. 457. (405.) Der Vorbehalt der weiblichen Successionsrechte, da, wo diese nicht schon durch die Gesetze ausgeschlossen sind, wie bei Lehen und Geschlechtsfideicommissen, bei welchen es eines weiblichen Verzichts gar nicht bedarf, und folglich auch ein demselben anzuhängender Vorbehalt wegfällt, muß nämlich, in so lange als nicht eine andere Uebereinkunft streng erwiesen wird, der gemeinen Successionsordnung unterliegen, und dann kann der s. g. Vorbehalt auf den ledigen Anfall nur zum Besten der weiblichen Erben des letzten Besitzers (also der Erbtochter) wirken; s. Eichhorn deutsches Privatr. §. 349., Gründler a. a. O. §. 666. Vergl. G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. no. 119. u. 163., Pütter Rechtsfälle Bd. I. Th. III. S. 817. Bd. II. Th. I. S. 1. Th. III. S. 811. Bd. III. Th. IV. S. 1055.

Eine andere Streitfrage ist aber auch die: ob der dem Erbverzicht einer adeligen Tochter angehängte Vorbehalt auch zu Gunsten ihrer späteren Nachkommen wirksam sey, wenn erst in folgenden Generationen das Absterben des Mannsstammes eintritt? Die Literatur über diese Streitfrage s. v. Dalwigk Eranien zum deutschen Privatr. Bd. I. Abh. 2. Es ist aber in neuerer Zeit gründlich nachgewiesen, daß ein solcher Vorbehalt nicht auf Generationen ausgedehnt werden könne, vielmehr nur von dem Fall in der Regel zu verstehen und also nur dann wirksam sey, wenn die Brüder der zu ihren Gunsten verzichtenden Tochter ohne männliche Nachkommen sterben, übrigens aber der Grundsatz gilt: foemina semel exclusa semper manet exclusa, daher im entgegengesetzten Fall und beim Aussterben des Mannsstammes in folgenden Generationen keine Regredienterbschaft eintrete; s. Eichhorn Staats- u. Rechtsgeschichte Th. III. §. 454., Moser Familienstaatsrecht S. 786., v. d. Nahmer Samml. merkw. Entscheidungen d. Herzogl. Nassauischen Oberappellationsgerichts Bd. II. S. 183.

Zu 5) Zu einem freiwilligen Verzicht allerdings, s. Eichhorn a. a. O. §. 349., nicht aber wo die Gesetze schon die weibliche Succession ausschließen. Doch wird ein eidlicher Verzicht der Minderjährigen auch ohne Beitritt des Curators für verbindend erachtet, s. Stryck de succ. ab intestato Diss. VIII. Cap. X. §. 44. u. 45., welcher auch die Zustimmung des Ehemanns einer verheiratheten Tochter nicht für nöthig hält, insofern dieser nicht selbst ein jus quaesitum am Ver-

mögen seiner Ehefrau hat, was aber gewöhnlich der Fall seyn wird; s. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. no. 101. de filiarum nobilium renunciationibus et de necessitate consensus maritalis ad earum validitatem.

Zu 6) Wenn die auf solche Weise abgesonderten Kinder keine unabgesonderten zu Concurrenten haben, so verbleibt ihnen allerdings das Intestaterbrecht. Nur durch die abgesonderten können sie davon ausgeschlossen werden, und zwar dergestalt, daß sie auch kein Pflichttheilsrecht weiter in Anspruch zu nehmen haben, wenn gleich das Vermögen des Ascendenten sich später so vermehrt hätte, daß das Empfangene nicht dem Pflichttheil gleichkommt. Glück Thl. XXXVIII. S. 77. A. M. ist Stryck succ. ab intest. Diss. VIII. Cap. X. no. 11 u. 60., welcher übrigens als Folge des Erbverzichts auch den Verlust der Intestaterbfolge betrachtet; allein durch Absterben ohne Testament declarirt doch der Erblasser von dem Erbverzicht keinen Gebrauch machen zu wollen, indem er auf solche Weise die gesetzlichen Erben zu seinem Nachlaß beruft, und Dritte, welche nicht mit contrahirten, konnten kein Recht aus demselben erwerben.

Zu 7) Stillschweigend können die Lehen wohl so wenig als Fideicommisse im Erbverzicht begriffen werden, da derselbe stricter Interpretation unterliegt. Non excluditur filia ab illis rebus, quae hereditatis appellatione non continentur, et separatam ab illa habent naturam, non itaque excluditur a feudo; Stryck l. c. §. 66—68.

---

§. 203.

C) Von Rechten Dritter aus einem adquisitiven oder renunciativen Erbvertrag.

Die Praxis hat sich zwar entschieden gegen das Fortbestehen der dem Rechtserwerb eines Dritten aus fremden Verträgen durchaus entgegenstehenden römischen Rechtsbestimmungen im deutschen Recht erklärt, s. Glück Th. IV. S. 564. Th. XXV. S. 372. und die dort angeführten: Berger, Mevius, Stryck, J. H. Böhmer, Leyser, Struben, Weber von d. natürl. Verbindl. §. 89.; allein während man doch aus dem älteren deutschen Recht nicht beweisen kann, daß ein jeder Vertrag zu Gunsten eines Dritten giltig und für diesen klagbar gewesen sey, s. Beseler a. a. O. Bd. II. S. 73., Eichhorn d. Privatr. §. 343., bleibt immer die Frage schwierig,

in welchem Umfang man von den römischen Rechtsbestimmungen abweichen dürfe. Am sichersten wird man hier den von Beseler a. a. O. S. 75. [Vergl. Emminghaus Pand. S. 637. No. 8.] aufgestellten Grundsätzen folgen.

Während der Promittent gegen den Promissar unbedingt gebunden ist, ohne daß es auf Seite desjenigen, welcher für den Dritten paciscirt hat, der Nachweisung eines besonderen Interesse bedürfte, erwirbt der Dritte gleichwohl nur dann ein selbständiges Recht und eine Klage aus dem Vertrag,

a) wenn, und von der Zeit an, zu welcher er dem Vertrag beigetreten ist; s. Weber a. a. O.

b) durch den Tod eines der Hauptcontrahenten, und zwar

α) desjenigen, um dessen Beerbung es sich handelt. Hier bringt es die Natur des Geschäfts mit sich, daß, wenn Jener mit der giltig ausgesprochenen Absicht gestorben ist, der Dritte solle sein Erbe seyn, dieser es auch werden muß. Denn derjenige, welcher dem Dritten das Erbrecht ausbedungen hat, konnte mit dem Andern den Vertrag wohl wieder abändern oder aufheben, aber nach seinem Tode fehlte ihm die Befugniß, über seine Beerbung auch nur negativ zu schalten. Ebenso bei dem Verzicht auf die Beerbung des Stipulators. Hier stellt sich der Promittent als derjenige dar, welcher sein Erbrecht aufgibt, und dies muß mit seinem Tode in Wirksamkeit treten.

β) durch den Tod des Stipulators; denn dadurch, daß dieser bei Lebzeiten seinen Willen nicht geändert hat, wird nun das Recht des Dritten auch unwandelbar und klagbar. Es widerstrebt nämlich den hier vorliegenden Rechtsverhältnissen, die Befugniß durch einen Remißvertrag mit dem Promittenten dem Dritten sein Recht zu nehmen, auf die Erben des Stipulators übergehen zu lassen. [In dieser Weise hat sich auch das O.-A.-G. zu Darmstadt ausgesprochen. Seuffert's Archiv VIII. No. 64.]

Anhang.

Pacta dotalia simplicia et mixta.

Dieser Eintheilung der Ehestiftungen, welche beide eine Erbeinsetzung enthalten sollten, die eine in vim contractus, die andere in vim ultimae voluntatis, kann man wohl — soweit sie nicht noch in Particularrechte eingedrungen ist*) — seit J. H. Böhmer, s. dessen Exerc. ad Pand. Lib. 33. tit. 4. T. IV. Ex. 71., jede juristische Geltung absprechen, s. Leyser Sp. 308. Med. 3. u. 8., Eichhorn deutsch. Privatr. §. 347., indem dergleichen wahre Erbeinsetzungsverträge nur nach deutschrechtlichen Grundsätzen als Verträge zu behandeln sind, welche weder widerruflich sind, noch der Codicillarform bedürfen.

Kapitel XIV.

Familienfideicommisse.**)

§. 204.

1) Findet bei der Succession in deutsche Familienfideicommisse das Repräsentationsrecht statt?
2) Sind die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder zur Succession in Familienfideicommisse berechtigt?
3) Auch Adoptivkinder?

---

*) Noch v. Kreittmayr in Annott. ad Cod. civ. Max. Bavar. P. III. cap. XI. §. 1. no. 1. konnte sich, wie Beseler a. a. O. Th. II. S. 348. rügt, so weit vergessen, daß er diese Eintheilung, welche doch nur für Ehestiftungen berechnet war, zu einer allgemeinen für alle Erbverträge machte, s. dagegen Pütter auserl. Rechtsfälle Bd. I. S. 46., Struben rechtl. Bedenken Bd. II. no. 63., welcher sogar annimmt, daß auch da, wo pacta dotalia mixta gesetzlich eingeführt sind, doch die Unwiderruflichkeit derselben giltig beredet werden kann, gesetzt auch, daß man 5 Zeugen zugezogen habe, was zuweilen ohne Noth geschehe.

**) Ueber den Unterschied zwischen Seniorat, Majorat, Primogenitur rc. ist auf die Lehrbücher zu verweisen. Daß das Wort Senior nicht immer das Seniorat bedeute, s. Gründler Polemik Th. III. §. 651., vergl. Eichhorn deutsches Privatr. §. 370., Mittermaier d. Privatr. Bd. II. §. 450. S. 497. Einen interessanten Fall, worin es auf den Beweis des Daseyns eines Familienfideicommisses ankam, s. v. Gönner auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 75.

4) Ist bei der Succession in Familienfideicommisse in Ermangelung näherer Bestimmung des Stifters anzunehmen, daß auf Abgang des Mannsstammes der Weiberstamm zur Nachfolge gelange?
5) Bedarf die Einführung einer besonderen Successionsordnung landesherrlicher Bestätigung [Befugniß und Form der Errichtung von Familienfideicommissen]?
6) Nach welchen Grundsätzen ist die Theilung der Früchte zwischen den Allodial- und Fideicommißerben zu behandeln?
7) Nach welchen Regeln wird in Fideicommisse succedirt, wenn der Stifter keine besondere Successionsordnung bestimmt hat?
8) Ist der Sohn, welcher in das Fideicommiß succedirt, insofern es nicht Lehen ist — worüber Feud. II. 45. disponirt — die väterlichen Schulden zu tilgen schuldig?
9) Wenn das Fideicommiß dergestalt errichtet ist, daß es an die Kinder restituirt werden soll, sind auch die Enkel darunter begriffen zu erachten?
10) Ist die Veräußerung eines Fideicommisses giltig, wenn alle Interessenten einwilligen?
11) Können die Söhne eine von ihrem Vater vorgenommene ungiltige Veräußerung auch dann anfechten, wenn sie dessen Erben geworden sind?
12) Welche Gründe können eine Belastung des Fideicommisses mit Schulden rechtfertigen?
13) Können die Allodialerben eines Fideicommißfolgers, welcher eine von seinem Vorfahren auf das Fideicommißgut contrahirte Schuld bezahlt hat, die Vergütung dafür vom Fideicommißfolger rechtlich fordern?
14) Ueber die Frage, was als Pertinenz eines Fideicommißguts anzusehen sey, müssen zwar die allgemeinen Grundsätze entscheiden, indessen kommt dabei zuweilen die besondere Frage vor, ob die vom Fideicommißstifter nachher zuerkauften und mit dem Hauptgut besessenen Güter und Grundstücke als Pertinenzen des Fideicommisses gelten können?

Zu 1) Die bejahende Meinung, s. Knipschild de fideic. fam. nob. cap. IX. no. 21., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 36. tit. 1. §. 14., Stryck de succ. Diss. III. §. 23., scheint nur auf Vermengung des röm. Rechts mit dem deutschrechtlichen Institut zu beruhen,

s. dagegen Runde Beitr. zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände Bd. I. no. 12. §. 3., G. L. Boehmer Diss. de ord. succ. ex jure primog. §. 27., Gründler Polemik Th. III. §. 644., denn, indem bei dem Repräsentationsrecht Güter eines Erblassers vorausgesetzt werden, welche ihrer Natur nach unter mehrere gleich nahe Verwandte theilbar sind, wird durch die Untheilbarkeit der Fideicommißgüter eine Concurrenz mehrerer Erben zur Theilnahme und folglich auch ein wahres Repräsentationsrecht von selbst ausgeschlossen.

Zu 2) Für die verneinende Entscheidung spricht die Analogie des Lehnrechts, Feud. II. 26. §. 19. naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittantur, und die Vermuthung, daß der Stifter, treu der älteren Ansicht, blos eheliche Blutsverwandte zur Nachfolge bestimmt habe; s. Sächsisches Lehnrecht Kap. 21. — Schwäbisches Lehnr. Kap. 3. §. 72., *Vetus auctor* de beneficiis C. 1. §. 4., Gründler Polemik des german. Rechts Th. III. §. 645. Doch sind viele Rechtslehrer der entgegengesetzten Meinung; s. Knipschild l. c. Cap. 8. no. 327. Stryck de succ. Cap. 2. §. 43., Moser Staatsrecht Th. XX. S. 309.

Zu 3) Da sie nur fingirte Kinder sind, so konnte auf sie die Absicht des Fideicommißstifters unmöglich gerichtet seyn, daher ihre Ausschließung von den meisten Rechtsgelehrten anerkannt ist; Knipschild l. c. Cap. 8. no. 399—435., Gaill Obsc. 136. no. 13., Tiraquell de primogenitura Qu. 84. no. 7., Krafft D. de ordine successorio in fideicomm. fam. §. 27. Unbestimmt erklärt sich Mittermaier deutsches Privatrecht §. 449.: „auch die Grundsätze über Erbfähigkeit sind die gemeinrechtlichen, insofern nicht aus den Umständen der Wille des Stifters erhellt, oder das Familienherkommen die Absicht beweist, die unehelichen, die legitimirten und Adoptivkinder auszuschließen."

Zu 4) Im Allgemeinen scheint dies verneint werden zu müssen, wo nur immer die auf die Erhaltung und den Glanz der Familie gerichtete Absicht des Fideicommißstifters deutlich zu erkennen ist, denn die weiblichen Glieder können ja die Familie nicht fortsetzen. Man kann daher nicht schließen, weil die Töchter doch nach Abgang des Mannsstammes zur Nachfolge in Stammgüter gelangten, also seyen sie in diesem Fall auch zur Succession in Familienfideicommissen berechtigt; denn neben dem Beiden gemeinschaftlichen Princip der Unveräußerlichkeit haben Letztere noch einen andern jener fremden und durch die Töchter nicht erreichbaren Zweck, nämlich den Glanz und

die Conservation der Familie; s. Knipschild l. c. Cap. 8. no. 239., Stryck de succ. ab. intest. Diss. VII. p. 665., Reinhard Abh. von dem Erbfolgerecht der Töchter vor den Stammvettern in den deutschen Reichsallodien. Gießen 1746. Kap. 4. §. 12., Eichhorn d. Privatr. §. 369. not. k., Gründler Polemik Th. III. §. 647. und die dort angeführten Schriften, womit das Oesterr. Gesetzb. §. 626. und das Preuß. Landr. Th. II. Tit. IV. §. 139 u. 189 ꝛc. (s. Bornemann System Bd. VI. S. 568.), übereinstimmen. Gleichwohl geben dies Andere nur dann zu, wenn der Stifter ausdrücklich bestimmt hat, daß blos Mannspersonen zur Nachfolge gelangen sollen, s. Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. I. Th. I. Resp. 12., und noch Andere gestatten dem Weiberstamm überhaupt die Erbfolge nach Abgang des Mannsstammes; s. Westphal deutsches Privatr. Th. I. Abth. 57. §. 10., Kephalides D. de alienatione fideic. fam. Erl. 1793. §. 7., Schott über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodialstamm- und altväterlichen Gütern nach Erlöschung des Mannsstammes §. 7. Als ein bei adeligen Fideicommissen gewöhnliches, aber nicht als nothwendiges Merkmal erkennt die Ausschließung des weiblichen Geschlechts Mittermaier deutsch. Privatr. §. 449. (Ed. 6.) Nach dieser Ansicht muß man consequent auch mit Maurenbrecher deutsch. Privatr. Bd. I. S. 266. Bd. II. S. 751. annehmen, daß der Ausdruck in Fideicommißstiftungen: „bei Abgang des Namens und Stammes" nicht nothwendig vom Aussterben des Mannsstammes in einer Linie zu verstehen sey, wie auch in einem Urtheil des Obertribunals in Berlin vom 21. Juli 1835 in Sachen des Fürsten v. Löwenstein gegen den Herzog von Ahremberg angenommen worden ist, wovon das Gegentheil auszuführen unternommen hat: Bauer in den Beiträgen zum deutschen Privatfürstenrecht S. 97. Nächst den allgemeinen Interpretationsregeln der Testamente wird hierbei wohl immer besondere Rücksicht auf Familien-Observanz, auf die Art der Güter und auf die Sitte der Gegend über weibliche Erbfolge genommen werden müssen; s. Mittermaier a. a. O. §. 449. not. 27.

Zu 5) Da die deutsche Bundesacte [Art. 14. sub 2.] deren Nachsuchung selbst dem Standesherrn zur Pflicht macht, so muß dies umsomehr allen übrigen Unterthanen gelten. [Die Frage, ob die Befugniß, Familienfideicommisse zu errichten, auf den hohen Adel beschränkt sey, ist eine bestrittene, doch neigen sich die Neueren der Annahme zu, daß jene Befugniß in der allgemeinen Dispositionsfreiheit liege und daher auch dem niederen Adel und jedem ohne Unterschied des Standes zustehe. Dies ist namentlich die Ansicht von Eichhorn

Einl. in d. deutsche Privatr. §. 368., v. Salza im Rechtslex. Bd. IV. S. 238., Wolff Lehrb. d. deutsch. Privatr. I. §. 199. u. v. Gerber System §. 84. Auch Bluntschli deutsch. Privatr. §. 68. sub 2. c. sagt, die subjective Beschränkung auf den Adel finde sich nur ausnahmsweise und passe in solcher Form nicht mehr zu dem jetzigen Rechtsleben. Wilda in d. Zeitschr. f. deutsch. R. XII. S. 190., welcher allerdings hervorhebt, daß das Fam.-Fideicommiß auf dem Boden des Adelsrechts erwachsen sey, ist doch der Meinung, daß spätere Theorie und Gesetzgebung das Institut zu einem dem allgemeinen Privatrecht angehörigen ausgebildet haben, und Beseler System Bd. III. §. 176., welcher das Fam.-Fideicommiß zwar unter dem „Vermögensrecht des niederen Adels" vorträgt, spricht sich doch für Ausdehnung auf den Bürgerstand aus. Walter System §. 470. sagt: „In der Stiftung eines Fam.-Fideicommisses erhebt sich der Privatwille zu einem Gesetze, welches man einer Nachkommenschaft bis in die entferntesten Zeiten auferlegt. Aus diesem Grunde ist die Errichtung von Fam.-Fideicommissen nur da für zulässig zu halten, wo das positive Recht dieselben ausdrücklich gestattet. Der hohe Adel und die ehemals reichsritterschaftlichen Familien haben diese Befugniß kraft der ihnen beigelegten Autonomie. Der niedere Adel besitzt sie in manchen Ländern als ein Vorrecht. In anderen Ländern ist sie Jedem ohne Unterschied des Standes beigelegt (so nach Preuß. Landr. II. 4. §. 47.), was auch viele Gründe für sich hat". — Das O.-A.-G. zu Celle erklärt das Fam.-Fideicommiß für ein Privileg des hohen Adels. Seuffert's Archiv IX. No. 194. S. 255. Im Ganzen wird man finden, daß zwar das moderne Rechtsbewußtseyn nicht für eine Bevorzugung des hohen Adels in dieser Frage ist, daß aber überhaupt das Familienfideicommiß als ein die Disposition späterer Generationen bindendes Institut der Strömung des neueren Verkehrslebens zuwider strebt. Gengler deutsch. Privatr. 2. Aufl. §. 55. S. 126.

Eine zweite Frage ist nun die nach der bei der Errichtung zu beobachtenden Förmlichkeit. v. Gerber a. a. O. sagt: „Die Errichtung geschieht durch den in einem Testamente, Erbvertrag oder in einer sonstigen Stiftungsurkunde ausgesprochenen Willen des Constituenten. Fast allgemein ist ferner die Einholung der richterlichen oder landesherrlichen Bestätigung und eine gewisse Publicität vorgeschrieben." Aehnlich sprechen sich die Obengenannten aus. Vergl. auch Büff im Hess. Arch. f. pract. Rechtswiss. IV. S. 200—223. — Das Oesterr. bürg. Ges.-B. §. 627. bestimmt, daß ohne

Einwilligung der gesetzgebenden Gewalt kein Fam.=Fideicommiß errichtet werden könne; ein Bayr. Edict v. 1818. §. 22. fordert gerichtliche Bestätigung.]

Zu 6) Die Grundsätze des Lehnrechts geben hier wohl die passendste Analogie; s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 369. Verschiedene Meinungen s. Knipschild de fideic. Cap. X. no. 59. Einiges über die Absonderung des Fideicommisses vom Allode s. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 190.

Zu 7) Diesfalls gelten die gewöhnlichen Regeln der Intestaterbfolge, Thibaut System §. 923. (Ed. 8.), Voet Comm. Lib. 36. tit. 1. §. 30., jedoch nur insoweit sie der Natur des Familienfideicommisses und der Familienobservanz, insbesondere dem Princip der Untheilbarkeit der Güter nicht entgegenlaufen. Ordo succedendi in fideicommissis familiae ex herede gravato, s. per proximitatem cum herede gravato, non ex persona fideicommittentis determinatur; Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Abth. II. S. 685.

Unter mehreren gleich nahen gesetzlichen Erben muß demnach der Genuß des Fideicommisses getheilt werden; Eichhorn deutsch. Privatr. §. 370., Gründler Polemik Th. III. §. 644., v. Salza u. Lichtenau Lehre v. d. Familienfideicommissen S. 111., Madihn Miscellen Bd. I. S. 179. ꝛc.

Zu 8) Auf die deutschen Stamm= und Fideicommißgüter lassen sich weder die Grundsätze des römischen Rechts, noch des Longobardischen Lehnrechts von der Verbindlichkeit der Söhne für die Handlungen ihres Vaters anwenden, vielmehr kann der Fideicommißfolger die Allodialerbschaft seines Ascendenten ausschlagen, und zur Fideicommißerbschaft allein greifen; s. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. S. 141., Pfeiffer Aufsätze aus d. Privatr. no. I. §. 7.

Zu 9) Obgleich unter liberi auch nepotes verstanden werden, so pflegt doch das deutsche Wort: Kinder nur auf Nachkommen des ersten Grades bezogen zu werden; s. Thibaut System §. 923. (Ed. 8.), Gottschalk Disc. for. T. III. c. 4., vgl. oben Kap. III. §. 168. sub 2. m.

Zu 10) Nach römischen Gesetzen hat es wohl keinen Zweifel, daß ein einstimmig von allen Interessenten aufgehobenes Fideicommiß von später Geborenen nicht mehr in das Leben gerufen werden könne; l. 120. §. 1. D. de leg. I. — l. 11. C. 6. 42. — Nov. 159. cap. 3. Viele Rechtsgelehrte folgen dieser Ansicht, namentlich Hellfeld, Lechner, Lynker, Wernher, Runde, Struben, Geiger und Glück Rechtsfälle Th. II. no. 23. §. 9., Dalwigk Erbrecht Th. III.

S. 108., Kephalides D. de alienat. fideic. fam. Erl. 1794., Böhmer — jedoch nur mit Einschränkung auf eine justa causa — s. auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abth. I. S. 91., und unter den Neuern vorzüglich Gönner Beitr. zur Jurisprudenz der Deutschen Bd. I. S. 126., welcher sich außerdem auf die — jedoch, wie Struben in den rechtlichen Bedenken Th. I. no. 27. mit Recht bemerkt, unpassende — Analogie der mit Consens aller Agnaten und des Lehnherrn giltigen Lehnsveräußerungen beruft. Offenbar können aber römische Gesetze nichts entscheiden, welche ein fideicommissum perpetuum gar nicht statuiren, und deren fideicommissa familiae etwas ganz Anderes waren, als die unsrigen; Madihn Miscellen Bd. I. S. 179. Andere Anhänger dieser Meinung suchen in der Praxis ein Fundament, s. Mittermaier deutsch. Privatr. §. 158., welches um so unhaltbarer ist, da sie sich auf eine ganz confuse Weise manifestirt, wie durch Bestellung von Curatoren nicht [nur für nondum natos, sondern auch für *nascituros**), was Kapff in d. merkwürdigen Civilrechtssprüchen Bd. I. S. 13., wenn es nicht blos eine negative Wirkung haben soll, mit Recht als eine gehaltleere Formalität erkennt. Auch ist nicht einzusehen, was aus einer von Gründler Polemik des gemeinen Rechts Th. I. S. 260. ohne weitere Angaben, als daß darin den nachgebornen Kindern kein Recht zur Umstoßung eingeräumt werde, erwähnten Urkunde v. J. 1260. (vergl. Wigand Archiv für die Geschichte Th. II. S. 70.) für eine gemeinrechtliche Folge begründet werden soll. Die von den Anhängern dieser Meinung selbst gefühlte Schwäche suchen sie fast Alle durch Adhibirung obrigkeitlicher Bestätigung zu decken, allein wird diese anders als unbeschadet der Rechte Dritter gegeben werden können, wie gleichwohl v. Gönner in den auserlesenen Rechtsfällen Bd. I. S. 372. annimmt? Wenn man für eine in den Gesetzen nicht verbotene Institution ihr rechtliches Verhältniß nur aus ihrem inneren Wesen schöpfen darf,**) so muß man wohl denjenigen beistimmen, welche den temporären Besitzern eines in splendorum familiae auf ewige Zeiten gegrün-

---

*) So verordnet auch das Oesterreichische Gesetzb. §. 694. Allein nur da würde die Aufstellung von Curatoren und deren Vernehmung von reellem Werth seyn, wenn es sich um einen Ausnahmsfall oder um die Frage über eine justa causa zu partiellen Veräußerungen handelt, denn ohne einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund könnte auch der Curator nicht giltig einwilligen; s. G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. Abth. I. no. 106.

**) Lex est ratio profecta a natura rerum, Cicero.

beten Fideicommisses das Recht zur Auflösung desselben zum Nachtheil der Nachkommen absprechen, wie Knipschild, Stryck, Härtel, Cramer, Westphal, Ludolf, Müller ad Leyser T. VI. fasc. 1. Obs. 629. etc., Eichhorn deutsches Privatr. §. 371., Thibaut System §. 927. Demungeachtet ist die hiemit verwandte Frage: ob es zur Aufhebung eines Familienfideicommisses genüge, daß alle diejenigen einwilligen, welche in diesem Zeitpunkt erzeugt sind, und Ansprüche auf dasselbe haben? von den Facultäten in Erlangen und Göttingen, sowie von dem O.-A.-G. in Jena bejahend entschieden worden. Die Gründe sind, außer der Analogie des Lehnrechts, folgende: Das Institut der Familienfideicommisse ist an die Stelle der altdeutschen Stammgüter getreten, und es sind auf jenes die Grundsätze von diesen anzuwenden. Nun konnte aber bei den Stammgütern, wie aus allen Rechtsurkunden, welche die Sache berühren, erhellt, die Veräußerung „mit der Erben Laub" allerdings stattfinden; nirgends kommt eine Spur vor, daß später geborne Kinder den Verkauf angefochten haben, oder eine erfolgte Aufhebung der Stammguts-Eigenschaft für nichtig erklärt worden wäre; Sachsenspiegel Bch. I. Art. 34. u. 52., Hellfeld de fideic. fam. 1747. §. 3. 4. 33. Auch bei dem Requisit der obrigkeitlichen und landesherrlichen Bestätigung liege dieselbe Idee unter, denn hätten die postgeniti ein jus quaesitum, so würde die vor ihrer Geburt ausgewirkte Bestätigung ihnen solches nicht entziehen können. Die Bestimmungen des röm. Rechts, l. 120. §. 1. D. de leg. I. — l. 11. C. 6. 42. — Nov. 159. c. 3., fänden auch auf die deutschen Familienfideicommisse Anwendung, indem sie altdeutsche Stammgüter darstellen, welche nach Einführung des R. R. zwar manche Modificationen erlitten, keineswegs aber in ihrem Wesen verändert wurden. Bei ihnen stand Nachgebornen kein Widerruf einer Veräußerung zu; v. Sydow Erbrecht nach dem Sachsensp. S. 198. — s. Emminghaus Pandekten d. gem. Sächs. Rechts S. 172. no. 266. [u. Gengler deutsch. Privatr. 2. Aufl. §. 55. S. 128. Dieselbe Ansicht von der Auflöslichkeit des Fam.-Fideicommisses hat das O.-A.-G. zu Darmstadt 1822 ausgesprochen: Seuffert's Archiv XIII. No. 270.]

Ein eigenthümlich gestalteter Fall zulässiger Veräußerung ist aus Emminghaus Sächs. Pandekten S. 171. no. 263. zu entnehmen: A. testirte: „mein Rittergut, das ich meinem Geschlecht zu erhalten wünsche, soll meinen Bruderskindern B. u. C. zufallen, und in dem Mannesstamm forterben." Nun will B., der einen Sohn hat, seine Hälfte an C. verkaufen, aber das Amt trägt Bedenken, diesen Kauf

zu bestätigen. Das O.=A.=G. in Jena erkannte jedoch denselben für zulässig, denn derselbe erscheine als eine innerhalb des Fideicommisses sich bewegende Handlung, durch welche von dem Willen des Stifters nicht abgewichen wird. Eine Erbfolgeordnung hat der Testator nicht bestimmt. Es lag ihm nicht daran, das Gut in den Händen gewisser im Voraus determinirter Personen zu wissen; man kann seine Anordnung nicht so deuten, daß jeder Besitzer seinen Antheil unter allen Umständen und in jedem betreffenden Falle auf seine männliche Descendenz vererben soll. Diese Auslegung entspricht am meisten den gemeinrechtlichen Grundsätzen über Familienfideicommisse, wonach ihr Hauptzweck in der Erhaltung der Güter bei der Familie besteht, folgeweise aber die Veräußerung außerhalb der Familie verboten ist. Die Natur solcher Stiftungen, und namentlich der fraglichen, welche sich jedenfalls als eine bedingte mit beschränktem Veräußerungsverbot darstellt, bringt es mit sich, daß vorliegender Verkauf eines ideellen Gutsantheils als giltig angesehen werden muß. Von einer Verletzung künftig im Allgemeinen zur Succession Berufener, namentlich der Descendenten des Verkäufers, kann nicht die Rede seyn; sie können auf das Gut kein Recht geltend machen, wenn es von Jenem erlaubter Weise und der Stiftung nicht zuwider an eine andere Linie der Familie veräußert ist.

Zu 11) Diese Frage verneint Eichhorn deutsch. Privatr. §. 371., Struben rechtl. Bedenken Th. I. no. 27., Leyser Sp. 403. Med. 5. Richtiger scheint die Bejahung mit der Einschränkung, daß diejenigen Nachkommen, welche Erben des Veräußerers geworden sind, den andern Contrahenten entschädigen müssen, wenn sie das Fideicommißobject revociren wollen; Knipschild de fideic. Cap. II. no. 408., Mittermaier deutsch. Privatr. §. 158. — Auch der letzte Besitzer kann daher nur auf den Todesfall mit Sicherheit über das Fideicommiß verfügen.

Zu 12) Wenn die Contrahirung der Schuld zur Erhaltung des Fideicommisses oder zur Erfüllung einer demselben vom Gründer auferlegten Last nothwendig war; s. Mittermaier a. a. O. §. 158.

Zu 13) Nach denselben Grundsätzen, nach welchen die Allodialerben vom Fideicommißfolger Vergütung desjenigen Aufwands fordern können, welchen der Erblasser zur Wiederherstellung, Conservation und Melioration eines Lehen= und Fideicommißguts gemacht hat, können sie auch die Vergütung wegen Bezahlung einer Fideicommißschuld fordern; Gottschalk sel. Discept. for. T. III. Cap. V., Knip-

schild de fideic. Cap. 12. no. 71., Voet Comm. ad Pand. Lib. 36. tit. 1. §. 61.

Zu 14) Ohne ausdrückliche Bestimmung kann hier eine Pertinenzqualität nicht angenommen werden. Sola coemtio et compossessio pertinentiam non facit; s. Pütter Rechtsfälle Bd. IV. Th. I. no. 377. Possessio etiam multorum annorum agrum, de cujus originaria qualitate constat, non facit pertinentiam praedii, cum quo simul possessus est; Leyser Sp. 100. Med. 5. u. 6.

Kapitel XV.

Bona vacantia et ereptitia.

§. 205.

Cod. X. 10. de bonis vacantibus et de incorporatione. Dig. XXXIV. 9. de his, quae ut indignis auferuntur. Cod. VI. 35. de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad SCt. Silanianum.

1) In Ansehung der Streitfrage, ob der Fiscus, wie Schweppe röm. Privatr. §. 981 a. annimmt, kraft Hoheitsrechts als privilegirter Occupant, mithin als successor singularis, oder ob er loco heredis, folglich durch Universalsuccession die bona vacantia erlangt, hat v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 564. die letztere Meinung zum Theil durch neue Gründe bestätigt, und zugleich vollständig die neuere Literatur über diese Streitfrage gegeben. Dieser Ansicht zufolge, welche vorzüglich dadurch gerechtfertigt wird, daß die Gesetze zwischen bona vacantia und res nullius, zwischen Succession und Occupation wohl unterscheiden, würde sich auch die Frage, ob das Recht auf die bona vacantia dem Fiscus, in dessen Gebiet sie liegen, oder dem Fiscus des Wohnorts des Verstorbenen zuzuerkennen sey, um so mehr zu Gunsten des Letztern entscheiden; s. auch Glück Intest.-Erbf. §. 206 ff., Maier v. d. Succession des Fiscus Abschn. 2. §. 19. Bei den älteren Rechtslehrern findet man noch eine andere Divergenz, indem Mehrere zwischen beweglichen und unbeweglichen Gütern unterscheiden, und erstere dem Fiscus des Wohnorts, letztere aber dem Fiscus des Orts der gelegenen

